Zur dogmatischen Präzisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Teildruck der

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Joachim Schmidt-Salzer

Referendar in Berlin

1965

Druck:

ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.

DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE

1 Berlin 33, Garystr. 45

Zur dogmatischen Präzisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Teildruck der

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Joachim Schmidt-Salzer

Referendar in Berlin

1965

Erstgutachter : Professor Dr. iur. Götz H u e c k
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Karl S i e g

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Oktober 1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN

Inhaltsübersicht

des abgedruckten Teils

Seite

3. Kapitel 75

Die Einbeziehung der AGB in Einzelverträge 75

I. Einbeziehung durch ausdrückliche Vereinbarung 75

II. Einbeziehung durch schlüssiges Verhalten 76

1. Indirekte Einbeziehungserklärung des Kunden 76

2. Scheinbare Einbeziehungserklärung des Kunden 77

a) Einbeziehung durch Rechtsgeschäft bzw. Quasi-Rechtsgeschäft 77

aa) Einbeziehung durch Rechtsgeschäft 77

bb) Einbeziehung durch Quasi-Rechtsgeschäft 78

b) Einbeziehung durch einen Haftungstatbestand im weiteren Sinn 79

aa) Culpa in contrahendo 79

bb) Analogie zur culpa in contrahendo 79

cc) Obliegenheitsverletzung 79

c) Einbeziehung durch einen normativen Tatbestand 80

III. Zusammenstellung der praktisch wichtigsten Einbeziehungssituationen 91

1. Die Bedeutung von Handelsbräuchen für die Einbeziehung von AGB 99

a) Geltung von AGB kraft Handelsbrauchs 100

b) Generelle Ersetzung der Einbeziehungserklärung durch Handelsbrauch 100

Seite

c) Ersetzung der Einbeziehungserklärung durch Handelsbrauch für bestimmte Vertragstypen 102

d) Geltung einzelner Bestimmungen kraft Handelsbrauchs 103

2. Einbeziehung durch Bestätigungsschreiben bzw. Auftragsbestätigung 105

a) Rechtsnatur des Bestätigungsschreibens 105

b) Rechtsnatur der Auftragsbestätigung 110

c) Einbeziehung durch modifizierte Auftragsbestätigung bzw. Bestätigungsschreiben 112

d) Einbeziehung durch verspätete Auftragsbestätigung 118

3. Bedeutung von Rechnungsvermerken 120

4. Bedeutung vorangegangener Verträge 124

Inhaltsübersicht

der vollständigen Dissertation

Seite

1. Kapitel

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 1

I. Die Grundsätze über die rechtliche Bewertung der allgemeinen Geschäftsbedingungen 1

II. Individualvertrag und Serienvertrag 6

III. Der Begriff der AGB 8

IV. Das Zentralproblem der AGB: die Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit 18

1. Das Problem der Vertragsscheinfreiheit 19

2. Das Problem der Richtigkeitsgewähr 22

2. Kapitel

Die Qualifizierung der AGB 25

I. Normativrechtliche Qualifizierbarkeit 30

II. Vertragsrechtliche Qualifizierbarkeit 33

1. Die institutionelle Qualifizierung der Unterwerfungserklärung 33

2. Die Bedeutung der AGB im Rahmen des Einzelvertrages 34

a) Die inhaltliche Qualifizierung der Unterwerfungserklärung 39

aa) Unterwerfungs-, Verweisungs- oder Einbeziehungserklärung 39

bb) Risikoerklärung oder Gestaltungsermächtigung 41

α) Die Einbeziehungserklärung als Risikoerklärung 41

ß) Die Einbeziehungserklärung als Gestaltungsermächtigung 45

b) Die Qualifizierung der AGB 52

III. Die Frage der AGB als "überindividuelle" Vertragsregelungen 54

Seite

IV. Die Frage der Rangunterschiede 69

3. Kapitel

Die Einbeziehung der AGB in Einzelverträge 74

I. Einbeziehung durch ausdrückliche Vereinbarung 74

II. Einbeziehung durch schlüssiges Verhalten 75

1. Indirekte Einbeziehungserklärung des Kunden 75

2. Scheinbare Einbeziehungserklärung des Kunden 76

a) Einbeziehung durch Rechtsgeschäft bzw. Quasi-Rechtsgeschäft 76

aa) Einbeziehung durch Rechtsgeschäft 76

bb) Einbeziehung durch Quasi-Rechtsgeschäft 77

b) Einbeziehung durch einen Haftungstatbestand im weiteren Sinn 78

aa) Culpa in contrahendo 78

bb) Analogie zur culpa in contrahendo 78

cc) Obliegenheitsverletzung 79

c) Einbeziehung durch einen normativen Tatbestand 80

III. Zusammenstellung der praktisch wichtigsten Einbeziehungssituationen 91

1. Die Bedeutung von Handelsbräuchen für die Einbeziehung von AGB 97

a) Geltung von AGB kraft Handelsbrauchs 97

b) Generelle Ersetzung der Einbeziehungserklärung durch Handelsbrauch 98

c) Ersetzung der Einbeziehungserklärung durch Handelsbrauch für bestimmte Vertragstypen 99

d) Geltung einzelner Bestimmungen kraft Handelsbrauchs 101

Seite

2. Einbeziehung durch Auftragsbestätigung bzw. Bestätigungsschreiben 102

a) Rechtsnatur des Bestätigungsschreibens 103

b) Rechtsnatur der Auftragsbestätigung 108

c) Einbeziehung durch modifizierte Auftragsbestätigung bzw. Bestätigungsschreiben 110

d) Einbeziehung durch verspätete Auftragsbestätigung 116

3. Bedeutung von Rechnungsvermerken 118

4. Bedeutung vorangegangener Verträge 123

4. Kapitel

Auslegung der AGB 127

I. Gegenstand der Auslegung 128

1. Beschränkung auf den Wortlaut der AGB 128

2. Die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles 131

a) Direkter Widerspruch einzelner Klauseln zu den Individualvereinbarungen 134

b) Unvereinbarkeit einzelner Klauseln mit der Natur des Einzelvertrages 135

c) Auslegung der einzelnen Klauseln an Hand des Einzelvertrages 136

II. Maßstab der Auslegung 143

III. Methode der Auslegung 147

1. Auslegung aus dem im Wortlaut erkennbaren Sinn und Zweck 147

2. Berücksichtigung des typischen wirtschaftlichen Zweckes (Unklarheitenproblem und Unklarheitenregelung) 150

3. Zur generellen Anwendbarkeit der Unklarheitenregelung 158

4. Der Grundsatz restriktiver Auslegung 162

IV. Revisibilität der Auslegung 164

1. Die Normentheorie 164

2. Die Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage 167

Seite

5. Kapitel

Das Problem der Inhaltsgrenzen 170

I. Die Lehre von den Inhaltsgrenzen allgemeiner Geschäftsbedingungen 170

1. § 138 BGB 170
2. § 242 BGB 171
3. Analogie zu § 315, III BGB 171
4. Ordnungsfunktion der dispositiven Rechtsnormen 172
5. Immanente Grenzen faktischer Normsetzung 173
6. Sozialstaatsklausel 173
7. Innengrenzen der Vertragsfreiheit 173
8. Beschränkung der Einbeziehungsvereinbarung durch Auslegung 173
9. Unzulässige Rechtsausübung 174

II. Problemstellung und institutionelle Präzisierung des Ergebnisses 174

III. Der Einwand unzulässiger Rechtsausübung 189

6. Kapitel

Zusammenfassung 193

I. Inhaltliche Präzisierung des Rechts der AGB 193

II. Bestimmung des Regelungsbereichs 197

III. Gesamtergebnis 204

Literaturverzeichnis

Auer : Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Bern 1964

Bailas : Das Problem der Vertragsschließung und der vertragsbegründende Akt, Göttingen 1962

Ballerstedt : Kartellverbot und Einzelvertrag, in JZ 1956/267 ff

Baumbach-Duden : Handelsgesetzbuch, 16. Auflage, München und Berlin 1964

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, 28. Auflage, München und Berlin 1965

Baur : Erfordert das Kraftfahrzeug als wertvolles Wirtschaftsgut besondere Bestimmungen über Erwerb und Veräußerung? in DAR 1962/321 ff

Baur : Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in JZ 1963/41 ff

Benkart : Zur Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen, in BB 1953/782 ff

Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 3. Auflage, Band I, Berlin 1962

Bernhard : Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, in DR 1942/1171 ff

Bertele : Anmerkung zu OLG Düsseldorf (18.12.1959) in BB 1960/422 ff

Biedenkopf : Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958

Bindels : Die Wirksamkeit der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, in NJW 1955/1132

Bindels : Der Streit um die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, in BB 1958/16 ff

Blase :	Allgemeine Versicherungsbedingungen, in Handwörterbuch des Versicherungswesens, Bd. I, Darmstadt 1958/S.24 ff
Blomeyer :	Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1964
Blomeyer :	Zivilprozeßrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
Bossard :	Beitrag zur Versicherungsvertragstheorie, Bern 1950
Bötticher:	Gestaltungsrecht und Unterwerfung, Berlin 1964
Brandner :	Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in AcP 162/237 ff
Brandt :	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht, in DRWiss 1940/76 ff
Brecher :	Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958/S.227 ff
Brox :	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
Bruck :	Das Privatversicherungsrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930
Bruck :	Die Gefahrengemeinschaft, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. II/ S.1260 ff Marburg 1931
Bruck-Möller :	Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 8. Auflage, I. Band, Berlin 1961
Brunn, v. :	Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Auflage, Köln-Berlin 1956
Brunn, v. :	Anmerkung zu LG Göttingen (1.12.1955) in NJW 1956/592 ff
Caemmerer, v. :	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, in JZ 1953/97 ff

Capelle : Zur Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik,
Tübingen 1958/S.139 ff

Clauss : Zur Auslegung unklarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen,
in NJW 1954/905 ff

Clauss : Zur Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in MDR 1959/165 ff

Clauss : Zum Begriff der Unklarheit,
in JZ 1960/306 ff

Danz : Auslegung der Rechtsgeschäfte,
2. Auflage, Jena 1906

Dilcher : Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen,
in NJW 1960/1040 ff

Dove : Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung. Handelsgebräuche und typische Geschäftsbedingungen,
in JW 1916/368 ff

Droste : Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in Betr. 1957, Beilage 10

Dulckeit : Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht,
in Festschrift Fritz Schulz, Band I,
Weimar 1951/S.148 ff

Ehrenzweig : Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht,
Wien 1952

Ehrenzweig : Quer durch das Versicherungsvertragsrecht,
in VersR 1954/335 ff

Ehrlich : Grundlegung zur Soziologie des Rechts,
München und Leipzig 1913

Enneccerus-Nipperdey : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
15. Auflage, Tübingen 1960

Erman : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
3. Auflage, Münster/Westfalen 1962

Esser :	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
Esser :	Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
Etzler :	Der Geltungsgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen, Dissertation Göttingen 1961
Ewald :	Das inkonnexe Pfandrecht des Spediteurs, in MDR 1959/1 ff
Fikentscher :	Das Schuldrecht, Berlin 1965
Fikentscher :	Sind die Allgemeinen Deutschen Spedœurbedingungen abdingbar? in BB 1961/297 ff
Fischer, M. :	Der Begriff der Vertragsfreiheit, Aarau, ohne Jahr
Fischer, R. :	Die Allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, in BB 1957/481 ff
Fischer, R. :	Besprechung von Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 14.Auflage, München und Berlin 1961 in ZHR 125/202 ff
Fischer, R. :	Anmerkung zu BGH (29.10.1956) in LM, Nr.1 zu Allgemeine Geschäftsbedingungen
Flume :	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965
Flume :	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band I, Karlsruhe 1960/S.135 ff
Flume :	Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, in AcP 161/52 ff
Fritz :	Beitrag zu der Aussprache über das Referat "Wandlungen des Versicherungsaufsichtsrechts" von Prölss, in ZVersWiss 1961/132 ff

Gallois :	Die wachsende Bedeutung der Verkehrssitte und ihre Einwirkung auf nachgiebiges Recht, in JR 1956/409 ff
Gierke, v. :	Versicherungsrecht, 1. Hälfte, Stuttgart 1937
Gierke, v. :	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage, Berlin 1958
Grossmann-Doerth :	Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, Marburg/Hessen 1934
Haberkorn :	Zum Wirksamwerden allgemeiner Lieferbedingungen, in MDR 1961/818 ff
Haidinger :	Unklarheitenregel bei der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in VersR 1955/370 ff
Hamann :	Über die Verbindlichkeit der "Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen", in MDR 1949/209 ff
Hannak :	Der Geltungsgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen, in öJZ 1962/561 ff
Hämmerle :	Handelsrecht, Band I, Graz-Wien-Köln 1958
Haupt :	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 105 (1937)
Haupt :	Vertragsfreiheit und Gesetz, in ZAkDR 1943/84 ff
Hecht :	Der standardisierte Vertrag als rechtsdogmatisches und rechtspolitisches Problem, in ZSchwR (1960) 79/47 ff
Hedinger :	Versicherungstechnische Prinzipien im schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908, Aarau 1955
Hefermehl :	Anmerkung zu BGH (19.3.1957) in MDR 1958/918

Heilbrunn :	Auslegung nichtiger und unbilliger Klauseln der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der Banken, Dissertation Frankfurt 1929
Heiss :	Entwicklungslinien im modernen Privatrecht, Bericht über einen Vortrag von Siebert, in öJZ 1960/14 ff
Helm :	Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemeiner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer, in AcP 161/516 ff
Helm :	Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, in JuS 1965/121 ff
Henckel :	Die ergänzende Vertragsauslegung, in AcP 159/106 ff
Hepp :	Zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben, in BB 1964/371 ff
Herschel :	Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, in DR 1942/753 ff
Herschel :	Anmerkung zu RG (24.3.1941) in DR 1941/1727
Hildebrandt :	Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in AcP 143/326 ff
Hildebrandt :	Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in JR 1955/325 ff
Hippel, E. v. :	Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht, Frankfurt a.M. 1963
Hippel, F. v. :	Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936
Hübner :	Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd.I/S.373ff
Hueck, A. :	Normenverträge, in IheringsJB 73/33 ff

Hueck, G. :	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
Isele :	Grundprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in JuS 1961/308 ff
Jagusch :	Rechtsnorm und Normsituation, in SJZ 1947/297 ff
Jahn :	Die Entstehung von Versicherungsverhältnissen im schweizerischen Recht , Aarau 1942
Kaufmann :	Gesetz und Recht, in Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1962/S.357 ff
Keller :	Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, in SchwJZ (1961) 57/313 ff
Kessler :	Der Versicherungsvertrag im nordamerikanischen Recht, in Internationales Versicherungsrecht, Festschrift für Albert Ehrenzweig zum 80. Geburtstag, Karlsruhe 1955/S.113 ff
Kisch :	Das Recht des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, Berlin 1951
Kisch :	Die Ethik im Versicherungswesen, in ZVersWiss 1935/277 ff
Kleiner :	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. Auflage, Zürich 1964
Koehler :	Allgemeine Verkaufsbedingungen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1934
Koenig :	Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Bern 1960
Kollmar :	Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, Tübingen 1961
Kost :	Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1933

Krause : Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg/Hessen 1933

Krause : Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in BB 1952/996 ff

Krause : Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, in BB 1955/265 ff

Krüger : Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung, in RdA 1957/201 ff

Kuchinke : Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964

Kuchinke : Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens, in JZ 1965/167 ff

Lange : BGB, Allgemeiner Teil, 7.Auflage, München und Berlin 1964

Larenz : Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930

Larenz : Vertrag und Unrecht, Hamburg 1936

Larenz : Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 7.Auflage, München und Berlin 1964

Larenz : Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958/S.275 ff

Larenz : Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in NJW 1965/1 ff

Laufke : Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, I. Band, Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M. 1956/S.145 ff

Lehmann :	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Auflage, Berlin 1960
Lintz :	Richterliche Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in WM 1965/30 ff
Lukes :	Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959
Lukes :	Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, in Festschrift A. Hueck, München und Berlin 1959/ S.459 ff
Lukes :	Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in JuS 1961/301 ff
Lukes :	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in NJW 1963/1897 ff
Lüpke, v. :	Anmerkung OLG Celle (15.12.1961) in BB 1962/272 ff
Manigk :	Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939
Manigk :	Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Berlin und Leizig 1929, VI. Band/S.94 ff
Manigk :	Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, in JW 1930/2193 ff
Mälzig :	Anmerkung zu OLG Saarbrücken (22.7.1953) in NJW 1954/605
May :	Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen im Revisionsverfahren, in NJW 1959/708 ff
Meeske :	Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, in BB 1959/857 ff
Meier-Hayoz :	Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluß, Aarau 1948

Meiss : Zur Frage der Zulässigkeit des Haftungsausschlusses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, in VersR 1960/961 ff

Meissinger : Typische Verträge in der Revisionsinstanz, in BB 1955/1092 ff

Merz : Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1958, in ZBJV (1959) 95/465 ff

Merz : Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, in ZSchwR (1961) 80/347 ff

Mestmäcker : Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, in JZ 1964/441 ff

Meyer-Ladewig : Justizstaat und Richterrecht, in AcP 161/97 ff

Michel : Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932

Möller : Rechtsprobleme der Kraftfahrversicherung, in DAR 1954/250 ff

Mroch : Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960

Naef : Über die Auslegung des Versicherungsvertrages, Aarau 1950

Naegeli : Allgemeine Geschäftsbedingungen, Affoltern am Albis 1951

Nastelski : Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in DRiZ 1955/212 ff

Neflin : Das nichteingenommene Hotelfrühstück, in BB 1960/1273

Neuhaus : Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, Tübingen, Berlin 1962

Neumann-Duesberg :	Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff BGB, in JZ 1952/705 ff
Neumayer :	Vertragsschluß durch Kreuzofferten? in Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964
Noerr :	Die Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Dissertation München 1954
Nottbeck, v. :	Über die Grenzen der Freizeichnung in allgemeinen Lieferungsbedingungen, Dissertation Göttingen 1960
Oftinger :	Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in ZSchwR (1939) 58/178 ff
Pagenstecher :	Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, Marburg a.d.Lahn 1944
Palandt :	Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Auflage, München und Berlin 1965
Pfeiffer :	Anmerkung zu LVG Hamburg (3.7.1950) in VersR 1950/159
Philipowski :	Die Geschäftsverbindung, Heidelberg 1963
Plassmann :	Anmerkung zu BGH (17.2.1964) in JZ 1965/27 ff
Pohle :	Anmerkung zu BAG (21.4.1956) in AP, Nr.2 zu § 549 ZPO
Preyer :	Gerichtsstandvereinbarungen, in BB 1951/597
Prölss :	Versicherungsvertragsgesetz, 14.Auflage, München und Berlin 1963
Prölss :	Versicherungsaufsichtsgesetz, 3.Auflage, München und Berlin 1961
Prölss :	Über die Auslegung allgemeiner Versicherungsbedingungen, in ZVersWiss 1935/218 ff
Prölss :	Zwei Jahre Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Versicherungssachen, in VersR 1953/4 ff

Prölss : Wandlungen des Versicherungsaufsichtsrechts, in ZVersWiss 1961/109 ff

Radbruch : Vorschule der Rechtsphilosophie, 2.Auflage, Göttingen 1959

Raiser : Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg v.d.Höhe 1935, Nachdruck 1961

Raiser : Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Karlsruhe 1960, Band I/ S.101 ff

Raiser : Vertragsfreiheit heute, in JZ 1958/1 ff

Raiser : Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in summum ius, summa iniuria, Tübingen 1963/S.145 ff

Raiser : Anmerkung zu LG Aachen (13.7.1951) in NJW 1952/625 ff

Raiser : Anmerkung zu LG Düsseldorf (2.8.1955) in NJW 1956/304 ff

Reichsgerichtsrätekommentar : Das Bürgerliche Gesetzbuch, 11. Auflage, I.Band, 1.Teil, Berlin 1959

Reichsgerichtsrätekommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Auflage, III. Band, Berlin 1963

Reinhardt : Die Vereinigung objektiver und subjektiver Gestaltungskräfte des Vertrages, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957/S.115 ff

Roquette : Mietrecht, 4.Auflage, Tübingen 1954

Roquette : Zur Typisierung des Vertragsinhalts durch allgemeine Vertragsbedingungen, in JW 1938/545 ff

Rosenberg : Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Auflage, München und Berlin 1961

Rother :	Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis, in AcP 164/97 ff
Sandrock :	Subjektive und objektive Gestaltungsrechte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, in AcP 159/481 ff
Schinnerer :	Bankverträge, 2.Auflage, 1.Teil, Wien 1961
Schlegelberger :	Kommentar zum Seeversicherungsrecht, Berlin und Frankfurt 1960
Schlegelberger :	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4.Auflage, III.Band, Berlin und Frankfurt 1965
Schmid-Lossberg :	Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, in MDR 1949/609 ff
Schmid-Lossberg :	Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (Westzonen), in BB 1952/103 ff
Schmid-Lossberg :	Anmerkung zu BGH (19.1.1951) in MDR 1951/285
Schmid-Tophoff :	Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen in ihrer Bedeutung, Entwicklung und Wirksamkeit, in MDR 1961/185 ff
Schmidt, Reimer :	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
Schmidt, Reimer :	Gedanken zum Begriff der Versicherung, in Rechtsfragen der Individualversicherung, Festgabe für Erich R.Prölss, Karlsruhe 1957/S.247 ff
Schmidt, Reimer :	Aktuelle Probleme um die Allgemeinen Versicherungsbedingungen, in öVersRundschau 1961/337 ff
Schmidt-Rimpler :	Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, in AcP 147/130 ff
Schmidt-Rimpler :	Über einige Grundbegriffe des Privatversicherungsrechts, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, Marburg 1931/S.1210 ff

Schmidt-Rimpler :	Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955/S. 1 ff
Schneider, D. :	Beschränkung von Gewährleistungsrechten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, in NJW 1954/133 ff
Schneider, W. :	Schweigen im Handelsverkehr, in BB 1951/742 ff
Serick :	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I, Heidelberg 1963
Schopp :	Die Bestätigung im Handelsverkehr, in DRPfl. 1961/344 ff
Schoreit :	Zwingendes Recht gegen "Allgemeine Geschäftsbedingungen", in MDR 1964/206 ff
Schumann :	Handelsrecht, Band I, Wiesbaden ohne Jahr Band II,Wiesbaden 1954
Schwinge :	Grundlagen des Revisionsrechts, 2.Auflage, Bonn 1960
Siegel :	Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, in AcP 111/1 ff
Siller :	Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, in JR 1927/290 ff
Simitis, K. :	Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960
Simitis, S. :	Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt a.M. 1957
Simonius :	Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel 1942/S.233 ff
Söllner :	Besprechung von Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung,Berlin 1964, in AcP 164/378 ff

Soergel- Siebert :	Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, Band I, Stuttgart 1959 Band II,Stuttgart 1962
Stahl :	Widerspruch zwischen Lieferungs- und Einkaufsbedingungen, in Betr. 1956/681 ff
Starke :	Die Entwicklungslinien der materiellen Staatsaufsicht in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in Fünfzig Jahre materielle Versicherungsaufsicht, Band III, Berlin 1955/S. 11 ff
Staudinger, v. :	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 11. Auflage, I.Band : Allgemeiner Teil,Berlin 1957 II.Band: Teil 1 b: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1961
Stein-Jonas :	Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Schönke, fortgeführt von Pohle, 18. Auflage, Tübingen 1953-1956
Stiefel-Wussow :	Kraftfahrversicherung, 5.Auflage, München und Berlin 1962
Stumpf :	Zur Revisibilität der Auslegung von privaten Willenserklärungen, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1965, Band I/S.957 ff
Tedeschi-Hecht :	Les contrats d'adhésion en tant que problème de législation, in Rev.Int.Dr.Comp. (1960) 12/574 ff
Thamm :	Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Auftragsbestätigungen hinsichtlich Geschäftsbedingungen, in BB 1964/910 ff
Thomas-Putzo :	Zivilprozeßordnung, München und Berlin 1963
Viehweg :	Topik und Jurisprudenz, 2.Auflage, München 1963
Weber :	Die Versicherungsaufsicht in der gegenwärtigen Rechtsentwicklung, in ZVersWiss 1961/333 ff

Wieacker : Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953

Wieacker : Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958

Wieacker : Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, in Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961/S.263 ff

Wieacker : Besprechung von Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 14.Auflage, Tübingen 1955 in JZ 1956/294

Wittkämper : Sozialbindung schuldrechtlicher Verträge im Wirtschaftsverkehr? in Betr. 1964/687 ff

Abkürzungsverzeichnis

der vollständigen Dissertation

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AdSpB	Allgemeine deutsche Spediteur-Bedingungen
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AllgSeeVersBed	Allgemeine deutsche Seeversicherungsbedingungen
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AVersB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BankA	Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof, auch: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht
d.h.	das heißt
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRPfl	Der deutsche Rechtspfleger
DRWiss	Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18.8.1896
Einf.	Einführung

Einl.	Einleitung
ff	folgende
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz vom 17.10.1952
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
h.M.	herrschende Meinung
IherungsJB	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LVG	Landesverwaltungsgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
öJZ	österreichische Juristenzeitung
öVersRundschau	(österreichische) Versicherungsrundschau
ObGH	Oberster Gerichtshof
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
Rd.	Randnote
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht, auch: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rev.Int.Dr.Comp.	Revue internationale de Droit Comparé
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s.insb.	siehe insbesondere
SchweizerBG	Schweizerisches Bundesgericht, auch: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung

SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
StuR	Staat und Recht
u.	und
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen vom 6.6.1931
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
Vorb.	Vorbemerkung
Warneyer	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapiermitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZgesVW) ZVersWiss)	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
Ziff.	Ziffer
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877

3. Kapitel

Die Einbeziehung der AGB in Einzelverträge

AGB sind vertragsrechtliche Regelungen, können also keine originäre Normenwirkung haben: eine automatische Einwirkung auf Einzelverträge ist nicht möglich[1]. Die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in Einzelverträge setzt vielmehr ein rechtsgeschäftliches Element voraus[2]. Die Vereinbarung über die Einbeziehung von AGB ist kein besonderes Rechtsgeschäft, sondern Teil der jeweiligen Vertragsvereinbarungen[3].

I. Einbeziehung durch ausdrückliche Vereinbarung

Der Fall, daß sich die Parteien ausdrücklich über die Einbeziehung der AGB geeinigt haben, ist unproblematisch. Die Vertragserklärungen selbst umfassen hier neben den individuell ausgehandelten Punkten auch die Einigung über die Einbeziehung von AGB.

Stehen die Parteien in einer ständigen Geschäftsverbindung, können sie die Geltung der AGB durch einen Rahmenvertrag vereinbaren[4]. Hierdurch wird für die zukünftigen Verträge der Beteiligten die Frage der AGB im Voraus geregelt. Das bedeutet jedoch nicht, daß auf Grund des Rahmenvertrages die AGB unmittelbar für die einzelnen Verträge gelten, also eine lex contractus in einem technischen Sinn wären[5]. Kommt es innerhalb des Rahmenver-

---

1) BGH (3.2.1953) 9/1; 2

2) BGH (3.2.1953) 9/1; 2
BGH (29.9.1960) 33/216; 219

3) v.Gierke, Handelsrecht/S.28
Fikentscher, Schuldrecht/S.93
Lukes in JuS 1961/301; 305

4) RG (11.11.1913) 84/1; 2 ff
Blomeyer, Schuldrecht, § 18, III, 2 b/S.78
Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Rd. 77 zu § 346
Philipowski, Geschäftsverbindung/S.68
Haupt, AGB/S.44 bezeichnet derartige Rahmenverträge als "Geschäftsbedingungsverträge".

5) Das RG hat Rahmenverträge über die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen der Banken als lex con-

trages zum Abschluß einzelner Verträge, ist die inhaltliche Reichweite der einzelnen Vertragserklärungen durch eine Auslegung, d.h. durch eine richterliche Wertung des Verhaltens der Vertragsparteien festzustellen. Der Rahmenvertrag ist ein bei der Auslegung der einzelnen Vertragserklärungen zu berücksichtigender Faktor[6]. Die Vertragserklärungen sind inhaltlich durch den Rahmenvertrag teilweise vorweggenommen: soweit die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes festlegen, wird das im Rahmenvertrag Vereinbarte zum Inhalt der einzelnen Vertragserklärungen. Ergibt sich dagegen, daß bei objektiver Bewertung die Parteien einen einzelnen Vertrag nicht dem Rahmenvertrag unterstellen wollten, ist im Wege der Auslegung festzustellen, daß hier die im Rahmenvertrag vereinbarte Einbeziehung der AGB nicht zum Inhalt der Vertragserklärungen geworden ist. Der Vertrag ist ohne die AGB geschlossen[7].

II. Einbeziehung durch schlüssiges Verhalten

1. Indirekte Einbeziehungserklärung des Kunden

Ergibt sich aus dem Verhalten des Kunden sein Einverständnis mit der Einbeziehung der AGB und erstreckte sich sein rechtsgeschäftlicher Wille auch auf diesen Punkt, liegt eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten vor. Das Verhalten des Kunden war zwar nicht unmittelbar auf eine rechtsgeschäftliche Erklärung gerich-

---

tractus bezeichnet (siehe (11.11.1913) 84/1; 3 und (2.10.1928) 122/75; 76 f). Der Aussagegehalt dieser Formulierung ist jedoch unklar. Im allgemeinen bedeutet der Begriff "lex contractus", daß die vertragliche Regelung für die Parteien die gleiche Wirkung hat wie für die Rechtsgemeinschaft das Gesetz: "Il contratto ha la forza di legge tra le parti" (Art.1372 ital.Codice civile; s.a. Art. 1134 Code civil).

6) RG (11.11.1913) 84/1; 3; Raiser, AGB/S.140

7) RG (11.11.1913) 84/1; 3; ebenso im Ergebnis BGH (21.10. 1958) in LM, Nr.12 zu AGB der Banken; das Ergebnis wurde mit der Überlegung begründet, die Berufung auf die AGB sei wegen der Natur des betreffenden Vertrages ausgeschlossen.

tet, doch kann der tatsächlich vorhandene rechtsgeschäftliche Wille mittelbar hieraus geschlossen werden. Ungeachtet der Frage, ob hier eine echte Willenserklärung oder ein als Willenserklärung gewertetes tatsächliches Verhalten vorliegt[8], beruht hier die Einbeziehungserklärung des Kunden auf seinem rechtsgeschäftlichen Willen. Rechtliche Probleme, ob bzw. auf welche Weise die AGB zum Vertragsinhalt geworden sind, bestehen hier nicht.

2. Scheinbare Einbeziehungserklärung des Kunden

Umfaßt die Vertragserklärung des Aufstellers eine Verweisung auf seine AGB und ergeht die Vertragserklärung des Kunden insoweit vorbehaltlos, hat sein tatsächliches Verhalten die Erklärungsbedeutung, daß er mit der Einbeziehung jener AGB einverstanden ist. Umfaßte jedoch der rechtsgeschäftliche Wille des Kunden nicht die Frage der AGB, liegt ein Auseinanderfallen zwischen der Erklärungsbedeutung des Verhaltens und dem rechtsgeschäftlichen Willen vor. Im Ergebnis wird in Rechtsprechung und Literatur auch für diesen Fall anerkannt, daß die AGB des Aufstellers zum Inhalt des Einzelvertrages geworden sind[9]. Die verschiedenen Begründungsversuche, über die zunächst nur ein Überblick gegeben werden soll, können in drei Grundkonzeptionen eingeteilt werden.

a) Einbeziehung durch Rechtsgeschäft bzw. Quasi-Rechtsgeschäft

aa) Einbeziehung durch Rechtsgeschäft

Tatbestand der Willenserklärung sei lediglich der nach außen zur Geltung gebrachte rechtsgeschäftliche Wille[10]. Handelt es sich um einen Wirtschaftszweig, in dem der Vertragsschluß "according to the conditions" üblich

---

8) Hierzu siehe Staudinger-Coing, BGB, Rd.1 ff vor § 116

9) s. insb. OLG Düsseldorf (18.12.1959) in BB 1960/422 Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 75 zu § 346

10) Erman-Hefermehl BGB, Anm. III, 3 c vor § 145

ist, und kann sich der Kunde jederzeit von den Bedingungen Kenntnis verschaffen, habe seine vorbehaltlos abgegebene Vertragserklärung den Sinn, daß er mit der Einbeziehung der AGB in den Vertrag einverstanden ist. Da es nur auf den objektiv erkennbar gewordenen, nicht auf den tatsächlich vorhandenen rechtsgeschäftlichen Willen ankomme, sei es unerheblich, ob dem Kunden die Existenz der Bedingungen bekannt war. Die Erklärung des Kunden sei insoweit typisiert. Die Geltung der AGB beruhe auf rechtsgeschäftlicher Grundlage[11].

bb) Einbeziehung durch Quasi-Rechtsgeschäft

Eine Willenserklärung liege nur vor, wenn der Erklärungstatbestand von einem entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden getragen wird[12]. Mußte jedoch der Kunde nach Treu und Glauben die Bedingungen seines Vertragspartners kennen und damit rechnen, daß dieser Verträge nur unter Einbeziehung seiner AGB abschließt, werde ihm sein Verhalten als Willenserklärung zugerechnet.[13]

---

11) Erman-Hefermehl BGB, Anm. III, 3 c vor § 145
s.a. Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 85 zu § 346
Soergel-Siebert BGB, Rd. 20 zu § 157
im Ergebnis ebenso: Naegeli, AGB/ S. 233 f
Siebert-Mezger BGB, Rd. 15 vor § 145
Palandt-Danckelmann BGB, Einf. 6 b vor § 145
Fikentscher, Schuldrecht/S.93 f für die Gruppen 1)u.2)
Schumann, Handelsrecht, Bd.I/S.32
Esser, Schuldrecht, § 12,5/S.41
v.Brunn, Formularmäßige Vertragsbedingungen/S.84
Lange, Allg.Teil, § 36, 2 b/S.220
Lukes in JuS 1961/301; 305
Hannak in ÖJZ 1962/561; 565
Kassationsgericht Zürich (17.4.1961) in WM 1961/340

12) Enneccerus-Nipperdey, § 153, III/S.944 f

13) Enneccerus-Nipperdey, § 153,IV,2/S.950 f und § 163, VI,3/S.1010
Hecht in ZSchwR (1960) 79/47; 65

Die höchstrichterliche Rechtsprechung verwendet hier die Formel, AGB würden zum Inhalt des Einzelvertrages, wenn der Kunde wußte bzw. wissen mußte, daß sein Vertragspartner seinen Verträgen AGB zugrunde zu legen pflegt.
- BGH (5.10.1951) 3/200; 201
BGH (3. 2.1953) 9/1; 3
BGH (24.9. 1952) 7/187; 191
BGH (22.1. 1954)12/136; 139 u. 142

Forts.

b) Einbeziehung durch einen Haftungstatbestand im weiteren Sinn

aa) Culpa in contrahendo

Muß der Kunde mit dem Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen rechnen, sei er verpflichtet, sich mit dem Inhalt vertraut zu machen und bei Nichteinverständnis zu widersprechen. Versäumt er dies, sei er wegen Verletzung der Erkundigungspflicht schadensersatzpflichtig. Je nach Sachlage könne dies zur Geltung der AGB für den betreffenden Vertrag führen[14].

bb) Analogie zur culpa in contrahendo

Im Bereich des Massenverkehrs wird nicht über den Vertrag verhandelt; eine Schadensersatzpflicht des Kunden wegen Verschuldens bei Vertragsschluß komme nicht in Betracht. Die vorvertragliche Situation entspreche jedoch der beim Aushandeln eines Individualvertrages gegebenen. Infolgedessen müßten in Analogie zum Verschulden bei Vertragsschluß die AGB des Unternehmers gelten[15].

cc) Obliegenheitsverletzung

Jedermann müsse sich bei Kontaktaufnahme mit Partnern des typisierten Massenverkehrs über die zugänglichen AGB informieren, wenn er sie nicht einfach hinnehmen will. Es handele sich hierbei nicht um eine Rechtspflicht in dem Sinn, daß der Aufsteller einen Anspruch auf Erfüllung oder einen Schadensersatzanspruch bei Nichterfüllung hätte, son-

---

- BGH (8. 7.1955) 18/98; 99
  BGH (29. 6.1959) in BB 1959/826; 827
  BGH (15. 6.1964) in NJW 1964/1788; 1789
  OLG Düsseldorf (18.12.1959) in BB 1960/422

  Da die Einbeziehung von AGB eine Einigung der Parteien voraussetzt (s. oben N.2), beruht nach der Formel des BGH die Geltung der AGB auf einer Fiktion (s.OLG Düsseldorf (18.12.1959) in BB 1960/422 und Nastelski in DRiZ 1955/212; 213).

14) Meeske in BB 1959/857; 863
  s.a. Staudinger-Weber BGB, Rd.A 425 zu § 242
  Etzler, Geltungsgrund/S.123

15) Meeske in BB 1959/857; 863

dern um eine Obliegenheit, die im eigenen wie auch im gegnerischen Interesse zu erfüllen ist und deren Nichterfüllung gewisse Nachteile zur Folge habe. Erfüllt der Kunde diese Klarstellungsobliegenheit nicht, obgleich er die Normung des Vertragsinhalts durch AGB kannte oder kennen mußte, trete als Folge dieser Obliegenheitsverletzung die Geltung der AGB auch ohne seinen Willen ein[16].

c) Einbeziehung durch einen normativen Tatbestand

Wird in dem betreffenden Wirtschaftszweig der Gebrauch von AGB als selbstverständlich angesehen und hat der Kunde vorbehaltlos in den Vertragsschluß eingewilligt, sei der Sinn seines Verhaltens durch einen gewohnheitsrechtlichen Satz in der Weise normiert, daß für den Vertrag die AGB des Unternehmers gelten. Ohne Rücksicht auf den Willen und das Erklärungsbewußtsein des Kunden werde seine Vertragserklärung zugleich als Einverständnis mit den AGB gewertet[17].

Bei einer kritischen Betrachtung der verschiedenen Theorien ergibt sich Folgendes:

Nach den rechtsgeschäftlichen Einbeziehungstheorien beruht die Geltung der AGB auf einer durch Auslegung festgestellten Willenserklärung bzw. auf einer Fiktion. Nach

---

16) Krause in BB 1955/265; 267

Zustimmend: Staudinger-Coing BGB, Rd. 24 k vor § 145
Staudinger-Brändl BGB, Einl. Rd. 50
Siebert-Mezger BGB, Rd. 15 vor § 145
v.Brunn, Formularmäßige Vertragsbedingungen/S.84 N.98
Mroch, Unlautere Geschäftsbedingungen/S.12
Capelle in Hamburger Jahrbuch 1958/S.139; 146
Hildebrandt in JR 1955/325; 327
Nastelski in DRiZ 1955/212
Haberkorn in MDR 1961/818; 819
Hübner in Festschrift Nipperdey (1965) S.373; 383
LG Mannheim (8.3.1956) in VersR 1956/549

17) Raiser,AGB/S.157-160; die sog. "normierende Verkehrssitte" sieht Raiser als dispositives Gewohnheitsrecht an (s. insb. a.a.O./S.86 f).
S.a. v.Gierke,Handelsrecht/S.27
v.Godin in RGRK HGB, Anm.17 zu § 346 (S.52)
Schumann, Handelsrecht Bd. I/S.32
Flume (in Festschrift Juristentag/S.135;166 und in Rechtsgeschäft/S.668 ff) begründet dieses Ergebnis mit der Überlegung, es handele sich hier um einen Ge-

Ansicht der "Haftungs"-Theorien liegt zwar ein rechtsgeschäftlicher oder quasi-rechtsgeschäftlicher Einbeziehungstatbestand nicht vor. Die Geltung der AGB soll sich aber aus der Verletzung einer Widerspruchspflicht bzw. -obliegenheit ergeben. Die normativen Einbeziehungstheorien dagegen sehen den Geltungsgrund der AGB weder in einem rechtsgeschäftlichen oder quasi-rechtsgeschäftlichen Tatbestand, noch in einem Haftungstatbestand in obigem Sinn, sondern erkennen für bestimmte Vertragstypen an, daß hier AGB unabhängig vom rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragsparteien gelten. Die Ansicht von Flume läßt offen, woraus sich die Anerkennung der Rechtsordnung, daß für jenen Geschäftstyp in Ergänzung der vertraglichen Abreden AGB gelten, ergeben soll. In Betracht käme eine Anerkennung durch Gewohnheitsrecht. Es kann zwar in vielen Wirtschaftszweigen eine tatsächliche Übung festgestellt werden, daß Verträgen AGB der einen Vertragspartei zugrunde gelegt werden. Da aber die Verkehrssitte dogmatisch nicht mit dem Gewohnheitsrecht identisch ist[18], könnte sie nur dann zum Gewohnheitsrecht werden, wenn sich eine Rechtsüberzeugung der beteiligten Kreise bildet. AGB enthalten meist eine mehr oder minder einseitige Begünstigung des Aufstellers. Infolgedessen wird sich eine allgemeine Rechtsauffassung, daß die Einbeziehung von AGB der einen Partei "Recht" sei, kaum bilden[19]. Eine gewohnheitsrechtliche "Anerkennung" im obigen Sinn ist unwahrscheinlich.

---

schäftstyp, für welchen die Rechtsordnung die Ergänzung der vertraglichen Vereinbarungen durch AGB anerkennt.

18) BGH (16.5.1956) in WM 1956/1231; 1232
Erman-Hefermehl BGB, Anm.III,3 b vor § 145
Gallois in JR 1956/409; 410
Meeske in BB 1959/857; 862
a.A. Raiser, AGB/S. 86 f
v.Godin in RGRK, Anm. 2 zu § 346 (S.21)

19) Erman-Hefermehl BGB, Anm. III, 3 b vor § 145
Etzler, Geltungsgrund/S.128
Nörr, Rechtsnatur/S. 45 f
Lukes in JuS 1961/301; 304

Es bleibt praktisch nur eine Anerkennung durch richterrechtliche Normierung. Für die Gerichte ist jedoch die Frage der Einbeziehung ein Qualifikationsproblem. Soweit die Entscheidungen den Satz enthalten, in dem betreffenden Wirtschaftszweig sei die Verwendung von AGB allgemein üblich, bedeutet dies lediglich eine Heranziehung der Verkehrssitte als Auslegungsmaßstab: in Ansehung jener Verkehrssitte hat eine vorbehaltlos abgegebene Vertragserklärung die Bedeutung eines Einverständnisses mit den AGB. Infolgedessen kann hieraus nicht abgeleitet werden, die Rechtsordnung erkenne an, daß für derartige Verträge die AGB der einen Vertragspartei gelten[20]. Die von Flume vertretene normative Einbeziehungstheorie ist infolgedessen abzulehnen.

Die Ansicht von Raiser[21], Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht seien rechtsdogmatisch gleichwertig, hat in der Literatur keinen Anklang gefunden und widerspricht dem heutigen Stand der Rechtsquellenlehre. Auch in den Fällen, in denen bestimmten Verträgen nach der Verkehrssitte die AGB der einen Partei zugrunde gelegt werden, liegt lediglich eine typische Vertragsschlußsituation vor, in der das Verhalten des Kunden einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erklärungswert hat. Allenfalls kann sich hier ein Rechtssatz bilden, eine vorbehaltlose Vertragserklärung des Kunden enthalte zugleich auch ein Einverständnis mit den gegnerischen AGB. Dies ist jedoch ein Auslegungsproblem[22], gehört also zum Bereich der Rechtsgeschäftslehre. Die normativen Einbeziehungstheorien verschieben das Problem in einen anderen institutionellen Bereich und sind infolgedessen abzulehnen.

Die "Haftungs"-Theorien dagegen legen dem Kunden eine Informationspflicht bzw. -obliegenheit auf, deren

---

20) a.A. Michel, AGB/S.36: es handele sich um eine neue, vom Gesetz nicht vorgesehene Art des Vertragsschlusses.

21) AGB/S. 86 f

22) Hierzu s. Soergel-Siebert BGB, Rd. 17 ff zu § 157

rechtliche Grundlage nicht bewiesen ist[23]. Abgesehen von der Frage, ob und gegebenenfalls wie das Bestehen einer derartigen Verpflichtung begründet werden könnte, stellen diese Theorien ein institutionelles Problem. In dem hier zu behandelnden Fall wird die objektive Erklärungsbedeutung des von dem Kunden an den Tag gelegten Verhaltens nicht von einem entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen getragen. Sachlich handelt es sich um ein Problem der Rechtsgeschäftslehre. Infolgedessen müßte auch rechtsdogmatisch die Einbeziehung der AGB in Einzelverträge im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre begründet werden.

Der am Anfang dieses Kapitels gegebene Überblick zeigt, daß die h.M. in den Fällen der nur scheinbar vorliegenden Einbeziehungserklärung die Geltung der AGB entweder mit einer echten, durch Auslegung festgestellten[24] oder mit einer fingierten[25] Willenserklärung begründet. Nach beiden Auffassungen liegt der Geltungsgrund der AGB im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre. Der dogmatische Unterschied beider Lösungen geht auf den alten Streit zwischen der Willens- und der Erklärungstheorie zurück, ob der Tatbestand der Willenserklärung einen tatsächlich vorhandenen rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden voraussetzt oder ob hierzu ein Verhalten genügt, das bei objektiver Bewertung den Rückschluß auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen zuläßt.
In der deutschen Literatur wird überwiegend die zweite Lösung vertreten[26]. Ein Verhalten, das bei objektiver Be-

---

23) Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.84 zu § 346
s.a. Haupt, AGB/S.51 f
Lukes in JuS 1961/301; 305 sowie Etzler,Geltungsgrund /S.121 und Meeske in BB 1959/857; 863 gegen die Auffassung Krauses

24) s. oben Note 11

25) s. oben Note 13

26) Larenz, Auslegung/S.67 ff und Vertrag/S.39-40
Hefermehl in Siebert-Hefermehl BGB, Rd. 3 ff vor § 116 in Erman-Hefermehl BGB,Anm. V,2 sowie III,3 c vor § 145 und Anm. 1 a zu § 157; s.a. in Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.85 zu § 346
Wieacker in Göttinger Festschrift/S.263; 278 ff
Soergel-Siebert BGB, Anm. 7 ff und 58 ff zu § 157
Forts.

wertung als Ausdruck eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Willens erscheint, erfülle den Tatbestand der Willenserklärung, weil das Recht nur an das tatsächlich erkennbar Gewordene anknüpfen könne[27]. Die besondere Natur der Willenserklärung habe eine Beschränkung des Tatbestandes auf den Erklärungsakt zur Folge: sie sei als soziale Willenskundgebung der nach außen projizierte rechtsgeschäftliche Wille, also komme es nur auf das tatsächliche Verhalten an[28].

Nach der Willenstheorie dagegen setzt der Tatbestand der Willenserklärung voraus, daß die rechtsgeschäftliche Erklärungsbedeutung des Verhaltens von dem entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden getragen wird. Ist dies nicht der Fall, könnten aber die der Erklärungsbedeutung des Verhaltens entsprechenden Rechtsfolgen durch eine Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr [29] bzw. durch eine Wertung des Verhaltens als "rechtlich relevantes Verhalten [30] oder durch die Haftung für eine Erklärungsfahrlässigkeit [31], also durch einen selbständig neben dem Institut des Rechtsgeschäfts bestehenden Geltungstatbestand ausgelöst werden.

---

v.Godin in RGRK HGB, Anm. 2 zu § 346
Danz, Auslegung/S.14-16
Brox, Irrtumsanfechtung/S.114
Lange, Allg.Teil, § 43,I,2/S.271
Raiser in Festschrift Juristentag/S.101; 124
Dulckeit in Festschrift Frotz Schuld, Bd.I/S.148;152 ff
Reinhardt in Festschrift Schmidt-Rimpler/S.115 ff, insb. S.126

27) Larenz, Auslegung/S.62 Dulckeit,a.a.O./S.158

28) Hefermehl in Siebert-Hefermehl, Rd.3 vor § 116 und in Erman-Hefermehl BGB, Anm. V,2 vor § 145
Wieacker (s. Note 26).
Teilweise wird dieses Ergebnis vom theoretischen Ausgangspunkt der Willenstheorie her erreicht: s.Brox, Irrtumsanfechtung/S.114; Reinhardt in Festschrift Schmidt-Rimpler/S.115; 121; v.Godin in RGRK HGB,Anm.2 zu § 346 (S.21); Lange,Allg.Teil,§ 43,I,2/S.271

29) Staudinger-Coing BGB,Rd. 2a ff vor § 104; 3f u.19b vor § 116. Krüger-Nieland in RGRK BGB,Anm. 1 u.8 vor §116 s.a. Enneccerus-Nipperdey,§ 153,IV,B,2/S.949 f

30) Flume in Festschrift Juristentag/S.135;155 ff; in AcP 161/52 ff und in Rechtsgeschäft/S.113 ff; s.a.Hübner in Festschrift Nipperdey (1965), Bd.I/S.373 ff

31) Manigk, Verhalten/S.210 ff

Die Rechtsprechung enthält sich in diesem Streit einer Stellungnahme und geht davon aus, ein Verhalten, das nur scheinbar auf einem bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen beruht, führe die dem Akttypus entsprechenden Rechtsfolgen herbei. Jedermann müsse sein Verhalten so gegen sich gelten lassen, wie es nach der Verkehrsanschauung verstanden wird[32].

Die entscheidende Frage ist hier, ob rechtsgeschäftliches und scheinbar rechtsgeschäftliches Verhalten dogmatisch verschiedenartige oder gleichwertige Erscheinungen sind. Flume[33] ist der Ansicht, man könne das Wesen der Willenserklärung nicht von der fehlerhaften Willenserklärung her bestimmen. Der rechtsgeschäftliche Wille kann jedoch nur aus dem tatsächlichen Verhalten geschlossen werden. Die rechtliche Wertung kann nur an das objektiv erkennbar Gewordene anknüpfen. Infolgedessen kommen für die Qualifikation eines Verhaltens als Willenserklärung nur die Umstände des Vertragsschlusses in Betracht. Der tatsächliche, objektiv nicht erkennbar gewordene rechtsgeschäftliche Wille kann aus rechtstechnischen Gründen nicht Tatbestandselement der Willenserklärung sein. Entscheidend ist, ob das Verhalten bei objektiver Bewertung den Rückschluß auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen zuläßt[34].
Da das Recht den rein subjektiv gebliebenen Willen nicht erfassen kann, sind hinsichtlich des Tatbestandes der Willenserklärung rechtsgeschäftliches und scheinbar rechtsgeschäftliches Verhalten gleichwertig[35]. Es kommt für den Tatbestand der Willenserklärung nicht auf den tatsächlich vorhandenen, sondern auf den aus dem Verhal-

---

32) s. insb. RG (8.3.1919) 95/122; 124 und (21.3.1923) in SeuffA Bd. 78, Nr.62 S.103
BGH (14.3.1963) in LM, Nr.6 zu § 150 BGB

33) Rechtsgeschäft/S. 49 und 130

34) s.a. Manigk in JW 1930/2193 ff in direkter Auseinandersetzung mit Larenz, Auslegung

35) Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen ein Anfechtungsrecht besteht.

ten des Erklärenden erkennbaren rechtsgeschäftlichen Willen an. Dies hat zur Folge, daß im Ergebnis als "Wille" nicht der subjektive rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden, sondern der objektive Erklärungswert seines Verhaltens herangezogen wird. Geltungsgrund der Willenserklärung ist insoweit nicht der individuelle Wille des Erklärenden, sondern ein aus der verkehrstypischen Bedeutung des Erklärungsaktes objektiv bestimmter und damit nur noch formell subjektiver Wille[36].

Innerhalb der durch die Wertungsentscheidungen des Grundgesetzes geprägten Rechtsordnung ist jedoch die Willenserklärung als ein dem einzelnen zur Selbstgestaltung seiner privatrechtlichen Beziehungen gewährtes Rechtsinstitut zu qualifizieren[37]. Dies hat zur Folge, daß der Geltungsgrund der durch die Willenserklärung ausgelösten Rechtsfolgen nicht lediglich formell subjektiv bestimmt werden darf, sondern materiell subjektiv erfaßt werden muß. Die Wertung eines Verhaltens als Willenserklärung und die Zurechnung der hierdurch ausgelösten Rechtsfolgen muß ihre Grundlage in einem individuellen Moment finden. Hieraus folgt, daß der Tatbestand der Willenserklärung neben dem objektiven einen subjektiven Teiltatbestand enthalten muß.
Dieser subjektive Teiltatbestand kann nicht mit dem rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden identifiziert werden, da für die rechtliche Wertung die theoretisch mögliche Entscheidung zwischen den Fällen des rechtsgeschäftlichen und des nur scheinbar rechtsgeschäftlichen Verhaltens

---

36) S. insb. Danz, Auslegung/S.14-16: der verkehrsmäßige Erklärungsinhalt gelte, weil regelmäßig mit dem Verhalten dieser Erklärungsinhalt verbunden ist. Ähnlich Siebert-Hefermehl BGB, Rd. 17 vor § 116: die innere Rechtfertigung für die Beschränkung auf die Erklärung ergibt sich daraus, daß im Normalfall die Willenserklärung dem wahren Willen des Erklärenden entspricht.

37) Siebert-Hefermehl BGB, Rd. 2 vor § 116

praktisch nicht durchführbar ist. Der tatsächliche rechtsgeschäftliche Wille des Zurechnungssubjektes kann nur ein Zurechnungselement unter mehreren sein.

Das geltende Privatrecht kennt nur ausnahmsweise einen Formzwang. Grundsätzlich berechtigt die Vertragsfreiheit nicht nur zur Schaffung und inhaltlichen Gestaltung der einzelnen Rechtsbeziehungen, sondern auch zur freien Entscheidung über die Form des rechtsgeschäftlichen Verhaltens[38]. Die bekannten Kommunikationstechniken (Worte, Schriftzeichen, Handlungen usw.) haben viele mögliche Bedeutungen, enthalten also die Gefahr, daß die Erklärungsbedeutung des Kommunikationsaktes nicht vollständig dem vom Erklärenden Gewollten entspricht.

Im zwischenmenschlichen Verkehr kann aber der rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden nur aus seinem mit der Erklärung im Zusammenhang stehenden Verhalten geschlossen werden. Da er die Freiheit hat, die Form seines rechtsgeschäftlichen Verhaltens selbst zu bestimmen und Dritte nur aus seinem Verhalten auf den rechtsgeschäftlichen Willen zurückschließen können, muß die Verantwortung für die inhaltliche Übereinstimmung zwischen dem rechtsgeschäftlichen Willen und der Erklärungsbedeutung seines Verhaltens den Erklärenden treffen[39]. In den Fällen, in denen die Erklärungsbedeutung des Verhaltens nur teilweise vom rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden getragen wird, muß er die Verantwortung für sein Verhalten tragen. Mit der Erklärungsfreiheit ist eine Erklärungsverantwortung verbunden[40].

---

38) F.v. Hippel, Privatautonomie/S. 164, N.9
Kollmar, Staatliche Lenkung/S.48, N.14

39) Oftinger in ZSchwR (1939) 58/178; 187
s.a. Simonius in Festgabe Juristentag /S.235; 281
Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip/S.109

40) Im Ergebnis ebenso Flume in Festschrift Juristentag/ S.135; 159 ff und in Rechtsgeschäft/S.61 ff; 131
s.a. Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip/S.104; 111
Bailas, Vertragsschließung/S.59

Für einen objektiven Beobachter ist oft nicht zu erkennen, ob ein Verhalten, das in Anbetracht der konkreten Umstände eine bestimmte rechtsgeschäftliche Erklärungsbedeutung hat, inhaltlich vollständig, nur teilweise oder aber überhaupt nicht von einem entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen des Handelnden getragen wird. Hat bei objektiver Bewertung das Verhalten einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erklärungswert, ist die Annahme berechtigt, der Betreffende wolle eine rechtliche Sonderverbindung schaffen und mit seinem Verhalten bestimmte Rechtsfolgen auslösen. Wird das Verhalten in Wirklichkeit von einem rechtsgeschäftlichen Willen nicht getragen, ist es nur scheinbar ein Akt der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung. Das tatsächliche Verhältnis zwischen rechtsgeschäftlichem Willen und Erklärungsbedeutung des Verhaltens ist jedoch objektiv nicht erkennbar. Ein Dritter kann nicht feststellen, ob das objektiv als Willenserklärung erscheinende Verhalten lediglich auf einem Fehlgriff in der Wahl des Erklärungsmittels für einen tatsächlich vorhandenen, jedoch anders gerichteten rechtsgeschäftlichen Willen beruht (Problem des Irrtums) oder ob es überhaupt nicht von einem rechtsgeschäftlichen Willen des Betreffenden getragen wird (Problem der nur scheinbaren Willenserklärung). Da dieser die Freiheit hat, durch sein tatsächliches Verhalten einen eventuellen rechtsgeschäftlichen Willen zur Geltung zu bringen, muß ihn auch die Verantwortung treffen, wenn sein Verhalten nur scheinbar Ausdrucksmittel eines rechtsgeschäftlichen Willens ist. In den Fällen, in denen er erkennen mußte, daß ein Dritter aus seinem Verhalten berechtigtermaßen auf einen bestimmten Willen schließen konnte, trifft ihn die Verantwortung für dieses Verhalten. Da für Dritte nicht erkennbar ist, ob das Verhalten von dem entsprechenden, von einem anders lautenden oder von überhaupt keinem rechtsgeschäftlichen Willen getragen wird, muß die mit der Erklärungsfreiheit verbundene Erklärungsverantwortung auch die Fälle umfassen, in denen Wille und Erklärung nicht nur voneinander abweichen, sondern dem scheinbar

rechtsgeschäftlichen Verhalten überhaupt kein rechtsgeschäftlicher Wille entspricht[41]. Die Freiheit, durch frei gewähltes rechtsgeschäftliches Verhalten privatrechtliche Sonderverbindungen zu schaffen, hat die Reflexwirkung, daß dem Betreffenden eine Verantwortung für sein Verhalten im Rechtsverkehr obliegt.

Für den Tatbestand der Willenserklärung ergibt sich hieraus folgendes:
Entscheidend für die Zurechnung eines Verhaltens als Willenserklärung ist, ob es bei objektiver Bewertung den Rückschluß auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen zuläßt, es also als Objektivierung eines rechtsgeschäftlichen Willens erscheint. Wird das Verhalten von einem entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen des Zurechnungsobjektes getragen, finden die ausgelösten Rechtsfolgen ihre Geltungsgrundlage im Prinzip der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung. Liegt ein teilweiser Widerspruch zwischen Wille und Erklärung vor (Irrtumsproblematik), muß sich der Betreffende die seinem rechtsgeschäftlichen Willen nicht entsprechenden Rechtsfolgen auf Grund der von ihm zu tragenden Erklärungsverantwortung zurechnen lassen. Liegt dagegen ein nur scheinbar rechtsgeschäftliches Verhalten vor, ohne daß der Betreffende in Wirklichkeit einen rechtsgeschäftlichen Willen erklären wollte, muß er sich die seinem Verhalten entsprechenden Rechtsfolgen zurechnen lassen. Alleiniger Geltungsgrund ist das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Selbstverantwortung[42].

---

41) Ebenso ohne Begründung Bailas, Vertragsschließung/S.59 a.A. Flume, Rechtsgeschäft/S.132

42) Dies ist die Lösung des Tatbestandsproblems, d.h.die Beantwortung der Frage, wann eine Willenserklärung vorliegt. Hiervon zu unterscheiden ist das Rechtsfolgenproblem, nämlich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung berücksichtigt werden kann (s.a.Manigk in JW 1930/2193; 2194 ff; Erman-Hefermehl BGB, Anm. III, 3 c vor § 145; Soergel-Siebert BGB, Rd. 61 zu § 157; Enneccerus-Nipperdey, § 164, II,3/S.1024; Bailas, Vertragsschließung/S. 90 f)

Für die dogmatische Erfassung der nur scheinbar von dem Kunden abgegebenen Einbeziehungserklärung ergeben sich aus dieser Tatbestandsbestimmung folgende Konsequenzen:

Die Vertragserklärung des Unternehmers ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, also aus der Sicht des Kunden her auszulegen. Ergibt nach diesem Maßstab eine objektive Bewertung der Vertragsschlußsituation, daß für den Kunden die Erstreckung der gegnerischen Vertragserklärung auf die Einbeziehung von AGB erkennbar war, "mußte" der Kunde dies "wissen". Aus der Sicht des Unternehmers hat hier eine vorbehaltlose Vertragserklärung des Kunden bei objektiver Bewertung die Erklärungsbedeutung eines Einverständnisses mit den AGB des Aufstellers. Bei normativer Auslegung[43] erstreckt sich die vertragliche Einigung auch auf die Einbeziehung der AGB des Unternehmers. Geltungsgrund der AGB ist in diesem Fall eine Willenserklärung, die dem Kunden nach dem Grundsatz der Selbstverantwortung zugerechnet wird[44].

---

43) Entscheidend für die Rechtsordnung ist nicht der "wirkliche Wille" im psychologischen Sinn, sondern der in der Willenserklärung objektivierte rechtsgeschäftliche Wille. Infolgedessen kommt es für die rechtliche Wertung eines Vertragsschlusses nicht darauf an, was sich die Parteien tatsächlich gedacht haben, sondern entscheidend ist, welche rechtsgeschäftliche Bedeutung ihr Verhalten bei objektiver Bewertung hatte. Aufgabe der Vertragsauslegung ist nicht die Feststellung, inwieweit zwischen den Parteien eine Willensübereinstimmung im psychologischen Sinn vorgelegen hat. Die Vertragsauslegung hat die bei objektiver Wertung erkennbare Willensübereinstimmung (sog. normative Willensübereinstimmung) festzustellen (s. Soergel-Siebert BGB, Rd. 7 zu § 157).

44) Im Ergebnis h.M.: s. oben N.11 und 13

III. Zusammenstellung der praktisch wichtigsten Einbeziehungssituationen

Es richtet sich also nach den Umständen des Einzelfalles, ob sich die Vertragserklärungen der Parteien auf eine Einbeziehung von AGB erstrecken.
Eine der wichtigsten Fragen für die Einbeziehung der AGB in Einzelverträge ist, welche Anforderungen an die Vertragserklärung des Aufstellers zu richten sind[1]. Anerkannt ist, daß er eindeutig auf seine AGB hinweisen muß[2]. Hierfür genügt es nicht, daß einem Geschäftsschreiben die AGB des Absenders beigefügt sind[3], weil der Absender nicht darauf vertrauen darf, daß die dem Schreiben beigefügten gedruckten Bogen dem Empfänger vorgelegt werden. Eine Einbeziehung ist dagegen anzunehmen, wenn in dem Schreiben erwähnt wird, daß die AGB beigefügt seien.

---

1) Nach Ansicht von Fikentscher (Schuldrecht/S. 93 f und in BB 1961/297 ff) können innerhalb der AGB drei verschiedene Gruppen unterschieden werden, an die hinsichtlich der Einbeziehung unterschiedliche Anforderungen gestellt werden; ähnlich Kleiner, AGB der Banken/S.11; Clauss in MDR 1959/165; 167; Mroch, Unlautere Geschäftsbedingungen/S.12
s.a. öOGH (21.4.1961) bei Stanzl, Handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. II/Nr. 598/S.39
Dies ist jedoch abzulehnen, weil eine Privilegierung einzelner AGB dem geltenden Recht widerspricht (s.oben, S. 69 ff).

2) öOGH (13.4.1950) in BB 1950/330
Schweizer.BG (20.2.1951) 77.II.154; 156
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 78 zu § 346

3) RG (25.3.1924) in JW 1925/779; 780
OLG Düsseldorf (30.12.1964) in NJW 1965/761; 763
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.82 in § 346

Ausreichend ist es auch, wenn in einer schriftlichen Vertragserklärung ein formularmäßiger Vermerk enthalten ist[4], der an sichtbarer Stelle auf die "umseitig abgedruckten AGB"[5] oder überhaupt auf die AGB des Absenders verweist, ohne daß diese dem Kunden übersandt worden wären[6]. Durch eine derartige Verweisung werden die AGB in gleicher Weise zum Vertragsinhalt, wie wenn sie wörtlich zum Inhalt der Vertragserklärung gemacht worden wären[7].

Sind die AGB auf der Rückseite des Schreibens abgedruckt, ohne daß auf der Vorderseite darauf hingewiesen wird, dürfte eine Einbeziehung der AGB nur in Betracht

---

4) Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.78 zu § 346
In Betracht kommt hier z.B. ein vom Kunden unterschriebener Bestellschein (Raiser,AGB/S.185). Hat jedoch der Kunde einzelne der gedruckten Bestimmungen ausgestrichen, werden diese Klauseln nicht zum Inhalt des betreffenden Vertrages (a.A. OLG Dresden (14.2.1911) in SeuffA, Bd.66, Nr. 181/S.352).

5) öOGH (13.4.1950) in BB 1950/330
Schweizer.BG (26.6.1958) 84.II.556; 562
Es ist nicht erforderlich, daß der formularmäßige Vermerk innerhalb des Vertragstextes steht (öOGH a.a.O.; a.A. OLG Düsseldorf (30.12.1964) in NJW 1965/761;763). Ausreichend ist jedoch, wenn am Fuß der ersten Seite eines geschäftlichen Schreibens ein Hinweis auf die AGB des Absenders enthalten ist (a.A.öOGH (18.4.1951) in SZ Bd. 24, Nr.108/S. 256; 259).

6) Palandt-Danckelmann (BGB, Einf. 6 b vor § 145) läßt dies nur in den Fällen ausreichend sein, in denen dem Empfänger bekannt ist, daß die AGB üblicherweise benutzt werden. Abzulehnen ist die Rechtsprechung des öOGH, daß - von den AGB der Versicherungen, Banken, Spediteure und Elektrizitätswerken abgesehen - der bloße Hinweis auf AGB, die ihrem Wortlaut nach nicht mitgeteilt werden, nicht genüge (s.öOGH (21.4.1961) bei Stanzl, Handelsrechtl.Entscheidungen,Bd. II, Nr.598/S.39).Da den Kunden eine rechtsgeschäftliche Verantwortung für den Inhalt der AGB nicht trifft, ist es auch nicht erforderlich, daß die AGB überreicht werden. Für die Einbeziehung von AVersB ist es also unerheblich,daß sie dem Versicherungsnehmer nicht ausgehändigt wurden, sofern in dem Antrag auf sie verwiesen wurde (s.OLG Oldenburg (6.10.1955) in VRS 9/337; 338).

7) Schweizer.BG (5.12.1961) 87.II.234; 237
Die praktische Bedeutung dieser Feststellung zeigt sich bei der Frage, welche AGB gelten, wenn der Aufsteller während der Laufzeit des Vertrages mehrere Fassungen angewandt hat (dazu s. im Folgenden).

kommen, wenn der rückseitige Abdruck praktisch nicht zu übersehen ist[8]. Nicht erforderlich ist jedoch, daß einzelne Klauseln, insbesondere Haftungsfreizeichnungen, besonders hervorgehoben werden[9], da den Kunden eine rechtsgeschäftliche Verantwortung für den Inhalt der AGB nicht trifft, die einzelnen Klauseln also auch nicht besonders hervorgehoben zu werden brauchen.

Sind die AGB als "AGB für die Verträge zwischen Handel und Verbraucher" bezeichnet, ist jedoch im Einzelfall der Kunde kein Verbraucher, sondern ebenfalls ein Händler, steht dies einer Einbeziehung der AGB in den Vertrag nicht entgegen[10]. Das Gleiche gilt, wenn die AGB ihrer Überschrift nach auf den Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge zugeschnitten sind, jedoch Gegenstand des Einzelvertrages der Verkauf eines fabrikneuen Kraftwagens ist[11]: in beiden Fällen werden die auf dem Vertragsformular abgedruckten Bedingungen zum Vertragsinhalt. Eine andere Frage ist allerdings, ob sämtliche Klauseln innerhalb des betreffenden Einzelvertrages eine Rechtswirksamkeit erlangen oder ob im Wege der Vertragsauslegung

---

8) Grundsätzlich ablehnend RG (25.3.1924) in JW 1925/779; 780; OLG Düsseldorf (30.12.1964) in NJW 1965/761;762 Für eine beschränkte Anerkennung öOGH (21.4.1961)(N.1) In jedem Fall gelten die auf der Rückseite von Geschäftsschreiben abgedruckten AGB nicht, wenn sich der Vertragspartner darauf verlassen konnte, der maschinenschriftliche Text werde sämtliche Bedingungen des Vertrages enthalten (s.OLG Stuttgart (19.7.1962) in MDR 1964/412 für den Fall, daß der Kunde Engländer ist und alle Vertragsverhandlungen englisch geführt werden)

9) a.A. LG Göttingen (10.10.1957) in NRPfl.1958/209;210 LG Nürnberg-Fürth (8.6.1962) in NJW 1962/1572;1573

10) BGH (8.7.1964) in VRS 27/338; 339

11) s. BGH (11.2.1958) in LM, Nr. 8 zu § 346 HGB (C)

bzw. der Vertragskorrektur eine Anpassung der in den AGB enthaltenen Klauseln an die Besonderheiten des Einzelvertragsverhältnisses in Betracht kommt[12].

Hat der Unternehmer einen Katalog oder eine Preisliste übersandt, ist dies nicht als Vertragsangebot, sondern als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zu qualifizieren. Kommt es auf Grund einer Bestellung des Kunden zu einem Vertragsschluß, gelten die AGB des Unternehmers, wenn in dem Katalog oder in der Preisliste an auffallender Stelle ein deutlich lesbarer Hinweis enthalten ist[13]. Dies dürfte anzunehmen sein, wenn der Vermerk auf der Innenseite des Umschlagblattes klar lesbar abgedruckt ist und bei Aufschlagen des Prospektes ins Auge fällt. Ist dagegen der Hinweis auf der letzten Seite abgedruckt, kann bei objektiver Bewertung nicht angenommen werden, daß der Kunde bei der ihm zuzumutenden Sorgfalt den Vermerk gelesen haben muß. Aus der Sicht des Kunden ist es nicht objektiv erkennbar geworden, daß der Unternehmer etwaige Verträge nur auf Grund seiner AGB abschließen will. Die Verweisung ist nicht in der Form erfolgt, daß sie als Bestandteil der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes anerkannt werden könnte.

Enthält ein Prospekt einen rechtlich relevanten Hinweis auf AGB, und wurde im Laufe eines längeren Briefwechsels auf den Prospekt Bezug genommen, erstrecken sich die Vertragserklärungen auch in dem Fall auf eine Einbeziehung der AGB, daß das abschließende Schreiben keinen entsprechenden Vermerk enthält[14].

Die Umstände des Einzelfalles sind insbesondere bei mündlichen Vertragsschlüssen von wesentlicher Bedeutung[15].

---

12) Dazu s. unten 4. und 5. Kapitel

13) Raiser, AGB/S.183
Droste in Betr.1957, Beilage 10
Einschränkend Schneider in BB 1951/742;743:dies könne nur gelten, wenn die betreffenden Vermerke üblicherweise Gegenstand solcher Kataloge sind.

14) LG Göttingen (12.7.1951) in BB 1951/739
Raiser, AGB/S.183

15) Problematisch ist hier insbesondere die Frage,welche Bedeutung einer allgemeinen bzw.einer kaufmännischen Verkehrssitte zukommt.Dazu s.unten, S.99 ff

Die Vertragserklärung des Aufstellers erstreckt sich auf eine Einbeziehung seiner AGB, wenn z.B. in den Geschäftsräumen ein deutlich erkennbarer Aushang angebracht ist[16]. Ebenso erstrecken sich die Vertragserklärungen auf die Einbeziehung von AGB, wenn dem Kunden aus vorangegangenen Schreiben bekannt gewesen sein mußte, daß dem Vertrag die AGB des Partners zugrunde gelegt werden sollten[17]. Ergibt dagegen die Tatfeststellung, daß die vorangegangene Korrespondenz nach dem Willen der Parteien keine Bedeutung für den Inhalt des mündlich geschlossenen Vertrages haben sollte, erstrecken sich bei objektiver Bewertung die Vertragserklärungen nicht auf die Einbeziehung von AGB[18]. Wird bei einem mündlichen Vertragsschluß eine Empfangsquittung oder ein Verwahrungsschein übergeben, ist ein hierin enthaltener Hinweis auf AGB unbeachtlich, da derartige Urkunden nur Beweisurkunden sind und normalerweise keine vertragskonstitutiven Erklärungen enthalten[19]. Ebensowenig

---

16) RG (26.10.1921) 103/ 84; 86 f
Raiser, AGB/S.187
v.Godin in RGRK HGB, Anm. 17 b zu § 346 (S.55)
enger Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 80 zu § 346: hier würden AGB nur dann zum Vertragsinhalt, wenn der Kunde nach der Verkehrsübung mit der Bekanntgabe in Anschlägen rechnen mußte und ihm zugemutet werden kann, davon Kenntnis zu nehmen (ebenso RG (14.5.1926) 113/425; 427 und Enneccerus-Nipperdey, § 163 VI,3 /S.1010).
Die Frage, ob für den betreffenden Wirtschaftszweig derartige Anschläge üblich sind, ist für die Tatsachenfeststellung von Bedeutung, kann aber keine Voraussetzung für die Einbeziehung der AGB sei. Entscheidend ist allein, ob für den Kunden bei Abwägung aller Umstände die Verweisung deutlich erkennbar war.Dies ist abzulehnen, wenn die in den Geschäftsräumen angeschlagenen AGB durch ein Plakat verdeckt sind (RG (26.10.1921) 103/84; 87). Der Kunde ist jedoch nicht verpflichtet, nach derartigen Anschlägen zu suchen (Baumbach-Duden HGB, Einf. III,3 C; Hannak in öJZ 1962/561; 564).

17) RG (2.10.1928) 122/75; 76 f
BGH (4.5.1956) in MDR 1956/664; 665
BGH (10.2.1958) in VersR 1958/189; 191
OLG Hamburg (7.7.1917) in JW 1917/236
Raiser, AGB/S.183 f
a.A. Serick, Eigentumsvorbehalt/S.33
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.78 zu § 346

18) RG (14.4.1928) bei Warneyer 1928, Nr. 88 (S.178)

führt die Übergabe einer Hotelkarte zur Einbeziehung der AGB eines Hoteliers, weil derartige Karten üblicherweise nur Hinweise enthalten, nicht aber Erklärungen verpflichtenden Inhalts[20].

Wendet der Unternehmer mehrere AGB an, muß klar feststellbar sein, auf welche AGB sich seine Vertragserklärung bezieht. Ist die Vertragserklärung für sich allein gesehen mehrdeutig, aber durch eine Auslegung feststellbar, welche AGB gemeint sind, werden die betreffenden AGB von der Vertragserklärung erfaßt[21]. Handelt es sich um einen Kaufvertrag und verwendet der Unternehmer sowohl Einkaufs- als auch Verkaufsbedingungen, ist für das betreffende Vertragsverhältnis klar ersichtlich, daß sich die Erklärung des Unternehmers auf seine Einkaufsbedingungen bezieht. Kommt also für den Vertragstyp des Einzelvertrages nur eine der von dem Unternehmer benutzten Vertragsschablonen in Betracht, bestehen keine Unklarheiten[22]. Ist es dagegen nicht erkennbar, auf welche AGB sich die Vertragserklärung des Unternehmers bezieht, wird der Vertrag ohne Einbeziehung von AGB geschlossen[23].

---

19) LG Mönchen-Gladbach (13.11.1957) in NJW 1958/792
Raiser, AGB/S.188
a.A. Hannak in öJZ 1962/561; 564; sowie BGH (19.1.1951) 1/83; 86 hinsichtlich der Bedeutung von Hinweisen auf AGB in Gepäckaufbewahrungsscheinen.
Das LG Göttingen (14.6.1951) in DAR 1952/8 begründet für Verwahrungsscheine dieses Ergebnis mit der Überlegung, die Übergabe folge dem Vertragsschluß nach, so daß der auf die AGB hinweisende Aufdruck nicht mehr zum Vertragsinhalt werden könne. Dies ist jedoch eine zu punktuelle Wertung. Die Übergabe des Verwahrungsscheines gehört noch zu den Vertragsverhandlungen.Der Aufdruck hat lediglich aus dem Grund keine Rechtswirkungen, weil üblicherweise in Verwahrungsscheinen keine vertragskonstitutiven Erklärungen abgegeben werden (s. LG Mönchen-Gladbach, a.a.O.).

20) Neflin in BB 1960/1273

21) BGH (3.12.1964) in BB 1965/182
OLG Hamburg (4.2.1931) in JRPrV 1931/92
ratio decidendi von BGH (8.7.1955) 18/98; 99 f

22) BGH (3.12.1964) in BB 1965/182; Raiser,AGB/S.221
Baumbach-Duden HGB, Einf. III, 3 C

Hat der Unternehmer seine AGB mehrmals geändert, ist es eine Frage der Auslegung, welche Fassung für die einzelnen Verträge gilt. Die Verweisung auf seine AGB bezieht sich im allgemeinen auf die zum Zeitpunkt des betreffenden Vertragsschlusses geltende Fassung[24]. Hat der Unternehmer bei einem früheren Vertragsschluß auf eine bestimmte Fassung hingewiesen, bei späteren Vertragsabschlüssen den Kunden jedoch nicht darauf aufmerksam gemacht, daß die AGB geändert wurden, gilt für die einzelnen Verträge die zum Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsschlusses geltende Fassung[25], weil es auf eine Kenntnis des Kunden vom Inhalt der AGB nicht ankommt und die ursprüngliche Erklärung nicht in dem Sinn auszulegen ist, daß er auch bei späteren Änderungen an die einmal genannte Fassung gebunden sein will. Vielmehr dürfte mit dem Hinweis auf eine bestimmte Fassung im allgemeinen nur eine Klarstellung gemeint sein, daß frühere Fassungen nicht gelten sollen.

Anders ist nur zu entscheiden, wenn bei einem früheren Vertragsschluß die Bedingungen übersandt wurden oder wenn bei einem Rahmenvertrag das vom Kunden unterschriebene Formular eine veraltete Fassung enthält[26]. In diesen Fällen beziehen sich die späteren Vertragserklärungen auf eine individualisierte Fassung, so daß eine Auslegung, den späteren Verträgen lägen die jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden AGB zugrunde, nicht in Betracht kommt.

---

23) BGH (28.4.1953) in BB 1953/514
BGH (3.12.1964) in BB 1965/182
LG Aachen (13.7.1951) in NJW 1952/625; 626 mit zustimmender Anmerkung Raiser
Raiser, AGB/S.221
Meiss in VersR 1960/961; 963

24) BGH (7.7.1955) in VersR 1955/481; 482
Raiser, AGB/S.220
Bruck-Möller VVG, Einl., Anm. 25
Prölss VVG, Vorbem. I,6
a.A. OLG Schleswig (15.3.1956) in VersR 1956/445: entscheidend sei der Zeitpunkt des Versicherungsfalles

25) a.A. Raiser, AGB/S.220

26) Raiser, AGB/S, 221, N.5

Fügt der Unternehmer einem schriftlichen Vertragsangebot seine AGB bei, bezieht sich seine Vertragserklärung bei objektiver Wertung auf die abgedruckten Bedingungen. Auch wenn es sich hierbei um eine ältere Fassung handelt, wird diese zum Vertragsinhalt[27], kann sich also der Unternehmer nicht auf die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses benutzten AGB berufen. Wird einem Antrag auf Abschluß eines Versicherungsvertrages ein Auszug aus den AVersB beigefügt, der von den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses benutzten Bedingungen abweicht, richtet sich der Vertragsinhalt nach dem Auszug[28], weil die Erklärung des Versicherers sich bei objektiver Bewertung auf die hierin abgedruckten Bedingungen bezieht. Hat der Unternehmer im Laufe der Zeit mehrere Fassungen seiner AGB benutzt, ist also anhand der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, auf welche Fassung sich die Einbeziehungsvereinbarung bezieht. In jedem Fall hat die Änderung von AGB keine Bedeutung für laufende Verträge, weil das dem Unternehmer eingeräumte Gestaltungsrecht mit der Einbeziehung der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden AGB verbraucht ist[29], es also kein Anpassungsrecht enthält. Auch bei einer Änderung der AGB während der Laufzeit eines Vertrages gelten weiterhin diejenigen Bedingungen, die beim Vertragsschluß zum Bestandteil die-

---

27) Bruck-Möller VVG, Einl., Anm. 25
Prölss VVG, Vorb. I,6

28) öOGH (9.2.1955) in VersR 1956/72
Sasse, Anm. zu öOGH, a.a.O.

29) Zur Unwiderruflichkeit des Gestaltungsrechts s.
Böttcher in Festschrift Dölle, Bd. I/S.41; 71 ff

ses Vertrages gemacht worden waren[30].

Vereinbaren die Parteien eine Änderung oder Verlängerung bereits abgeschlossener Verträge, gilt zwar diese Vereinbarung auch für die AGB. Der Änderungsvertrag kann jedoch nicht dazu führen, daß auch die in den Vertrag einbezogenen AGB durch die zum Zeitpunkt des Änderungsvertrages vom Unternehmer benutzten Bedingungen ersetzt werden. Dies ist nur möglich, wenn der Unternehmer bei Abschluß des Änderungsvertrages ausdrücklich auf die zu diesem Zeitpunkt geltenden AGB hinweist[31].

Eine erschöpfende Zusammenstellung der denkbaren Handlungssituationen ist nicht möglich[32]. Abgesehen von den vorstehend untersuchten Einbeziehungssituationen sind insbesondere die folgenden Problemkreise von praktischer Bedeutung.

1. Die Bedeutung von Handelsbräuchen für die Einbeziehung von AGB

Die Frage der Bedeutung von Handelsbräuchen für die Einbeziehung von AGB in Einzelverträge kann sich unter mehreren Gesichtspunkten ergeben.

---

30) BGH (19.12.1953) in VersR 1954/33
OLG München (23.4.1951) in VersR 1951/145
Raiser, AGB/S.226
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.90 zu § 346
Im Versicherungsrecht besteht die Möglichkeit, daß das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen Versicherungsbedingungen mit Wirkung für bereits laufende Verträge im Wege der Einzelentscheidung gemäß § 81a Satz 2 VAG bzw. durch Anordnung gemäß der Verordnung über die Anwendung Allgemeiner Versicherungsbedingungen vom 29.November 1940 ändert. Hinsichtlich der Entscheidungen gemäß § 81 a Satz 2 VAG s. BGH (2.5.1951) 2/55; 57; (28.11.1951) in VersR 1952/52 und (14.4.1958) in VersR 1958/335; 336.

31) BGH (7.7.1955) in VersR 1955/481; 482

32) Weitere Zusammenstellungen bei Raiser, AGB/S.179 ff Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 76 ff zu § 346 und v.Godin in RGRK HGB, Anm. 17 a zu § 346 (S.53 ff)

a) Geltung von AGB kraft Handelsbrauchs

Die Ansicht, AGB seien in ihrer Gesamtheit zum Gegenstand eines Handelsbrauchs geworden, wird insbesondere für die AdSpB vertreten[33]. Wäre dies zutreffend, müßte sich die Geltung der AdSpB für Speditionsverträge aus § 346 HGB ergeben; eine beiderseitige "Unterwerfung"[34] bzw. eine Einbeziehungsvereinbarung wäre unnötig. Nach geltendem Recht wird jedoch auch die Geltung der AdSpB aus einer Einbeziehungsvereinbarung abgeleitet[35]. Soweit ersichtlich, wird von den Gerichten nicht anerkannt, daß einzelne AGB als solche zum Gegenstand eines Handelsbrauchs geworden sind.

b) Generelle Ersetzung der Einbeziehungserklärung durch Handelsbrauch

In Betracht käme hier ein Handelsbrauch, daß AGB, auf die von seiten des Unternehmers Bezug genommen wurde, zum Vertragsinhalt werden, wenn der Kunde vorbehaltlos in

---

33) OLG Bremen (15.6.1951) in VersR 1951/210
OLG Köln (20.4.1950) in VersR 1950/118
OLG Braunschweig (25.9.1950) in BB 1950/743
OLG Saarbrücken (22.7.1953) in NJW 1953/1832
Schmid-Lossberg in MDR 1949/609 und in BB 1952/103;104
Benkart in BB 1953/782; 783
Bindels in NJW 1955/1132; 1133 (anders in BB 1958/16; 19
Mälzig in NJW 1954/605 ,Anm. zu OLG Saarbrücken in NJW 1953/1832
a.A. Schmid-Tophoff in MDR 1961/185; 187 m.w.N.

35) BGH (3.2.1953) 9/1; 3
BGH (22.1.1954) 12/136; 139
BGH (8.3.1955) 17/1; 2
BGH (8.7.1955) 18/98; 99
BGH (10.2.1958) in VersR 1958/189; 191
BGH (29.6.1959) in BB 1959/826; 827

Die zitierten Entscheidungen des OLG Köln und des OLG Braunschweig nehmen trotz der Feststellung, die AGB seien Handelsbrauch, eine Unterwerfungserklärung an. Die Bemerkung im Urteil des OLG Saarbrücken ist obiter dictum.

34) So BGH (5.10.1951) 3/200; 203

einen Vertragsschluß einwilligt[36]. Praktisch würde dies bedeuten, daß die Kaufmannseigenschaft des Kunden stets eine Zurechnung der erkennbar zum Inhalt der gegnerischen Vertragserklärung gemachten AGB zur Folge hätte (§ 346 HGB). Der BGH hat jedoch in einer Entscheidung vom 5.10. 1951[37] trotz Kaufmannseigenschaft des Kunden eine Einbeziehung der gegnerischen AGB abgelehnt. Weiterhin ist in einer Entscheidung vom 22.1.1954[38] ausgesprochen worden, die Geltung der AdSpB sei jedenfalls anzunehmen, wenn eine Speditionsfirma mit einem berufsmäßigen Güterfernverkehrsunternehmen einen Speditionsvertrag abschließt. Das OLG Saarbrücken[39] hat entschieden, bei einem ausländischen Kaufmann könne die Kenntnis der AdSpB nicht unbedingt vorausgesetzt werden.

Der in diesen Entscheidungen erkennbar werdende Gedanke findet seinen klarsten Ausdruck in dem Urteil des BGH vom 10.2.1958[40], daß die AdSpB nur dann zum Inhalt eines Speditionsvertrages werden, wenn der Kaufmann n a c h s e i n e r G e s c h ä f t s e r f a h r u n g

---

36) Der BGH hat sich in diesem Sinn wohl nur ein einziges Mal geäußert; s. BGH (15.6.1964) in NJW 1964/1788; 1789: "Die Annahme, im Verkehr zwischen(Kaufleuten) unterwerfe sich der (Kunde) den branchenüblichen AGB des Lieferanten ...ist eine mögliche und rechtsirrtumsfreie Würdigung". Die Tragweite dieser Entscheidung ist jedoch unklar.
S.auch Schweizer.BG (20.2.1951) 77.II.154; 156: "Es ist - zumal unter Kaufleuten - ein selbstverständlicher Grundsatz, daß AGB, auf die Bezug genommen wird, Vertragsinhalt werden".
Anschließend heißt es jedoch: "Es genügt, daß der Kunde, der ausschließlich und in nicht übersehbarer Weise auf das Bestehen aufmerksam gemacht worden ist, die Möglichkeit hat, sich davon Kenntnis zu verschaffen".

37) BGH 3/200; 201

38) BGH 12/136; 139

39) (22.7.1953) in NJW 1953/1832
s.a. OLG Köln (25.6.1954) in Betr. 1954/695

40) in VersR 1958/189; 191

hiermit rechnen mußte[41]. Im Hinblick auf diese Urteile erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß nach geltendem Recht die Kaufmannseigenschaft des Kunden nicht unbedingt eine Erstreckung seiner Vertragserklärung auf die Einbeziehung der gegnerischen AGB zur Folge hat. Auch im kaufmännischen Verkehr ist es eine Frage der Umstände des Einzelfalles, ob sich die Vertragserklärungen auf die Einbeziehung der AGB erstrecken. Die Kaufmannseigenschaft hat nur die Folge, daß an die Prüfungspflicht eines Kaufmannes strengere Anforderungen zu stellen sind als an die eines Nichtkaufmannes.

c) Ersetzung der Einbeziehungserklärung durch Handelsbrauch für bestimmte Vertragstypen

Eine Ersetzung der Einbeziehungserklärung des Kunden durch eine normierende Verkehrssitte wird in der Literatur insbesondere für Banken-, Versicherungs- und Spediteurverträge angenommen[42]. Hinsichtlich der AdSpB wird jedoch ein Handelsbrauch, daß Speditionsverträgen diese AGB zugrunde gelegt werden, nicht anerkannt, sondern geprüft, ob der Kunde nach seiner Geschäftserfahrung wissen mußte, daß der Spediteur dem Vertrag die AdSpB zugrunde

---

41) Nach Ansicht von Helm in JuS 1965/121; 125 soll die Rechtsprechung auf dem Standpunkt stehen, es komme nicht auf die persönlichen Umstände des betreffenden Kunden, sondern nur darauf an, daß ein Angehöriger des Kundenkreises diese Kenntnis im allgemeinen habe.

Soweit ersichtlich, sind die im Vorangehenden zitierten Entscheidungen die einzigen, die für die Beantwortung dieser Frage Anhaltspunkte bieten.

42) Flume in Festschrift Juristentag /S.135 und in Rechtsgeschäft/ S.669 ff
Raiser, AGB/S.201 ff, insb. 204 ff
Erman-Hefermehl BGB, Anm. III, 3 c vor § 145 und Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 85 zu § 346
Hannak in ÖJZ 1962/561-562
Helm in JuS 1965/121; 124-125
a.A. Hildebrandt in JR 1955/325 ff: Bei derartigen Verträgen liege lediglich eine Willenserklärung besonderer Art vor.

legen will. Ebensowenig besteht ein derartiger Handelsbrauch für die AGB der Banken. Auch hier prüft die höchstrichterliche Rechtsprechung, ob dem Kunden die Verwendung von AGB bekannt war[43]. Im Versicherungsrecht tritt die Frage praktisch kaum auf, da der Versicherungsnehmer fast ausnahmslos das die AVersB enthaltende Vertragsformular unterzeichnet. Die Geltung der AVersB beruht praktisch immer auf einer Einbeziehungsvereinbarung[44].

Im geltenden Recht wird also ein Handelsbrauch, daß für bestimmte Verträge die AGB der einen Vertragspartei gelten, nicht anerkannt.

d) Geltung einzelner Bestimmungen kraft Handelsbrauchs

Vielfach wird angenommen, einzelne in AGB enthaltene Klauseln könnten zum Gegenstand eines Handelsbrauchs werden[45]. Die Rechtsprechung unterscheidet jedoch nicht zwi-

---

43) RG (10.12.1924) 109/299; 305
RG (22.12.1925) 112/253; 258
RG (2. 10.1928) 122/75; 77
RG (5. 2. 1932) 135/91; 93
RG (13.10.1928) in BankA 1928/203; 204 erwähnt zwar einen Handelsbrauch, daß für Bankverträge die AGB der Banken gelten. Entscheidungsgrundlage ist jedoch, daß der Kunde mit der Tatsache rechnen mußte, sein Vertragspartner wende AGB an.

BGH (5. 3. 1955) in WM 1955/230; 232 enthält zwar die Bemerkung, Beziehungen zwischen einer öffentlichen Bank und ihren Kunden erfolgten nach der Verkehrssitte auf Grund von AGB. Dieser Satz ist jedoch obiter dictum, da sich der Kunde ausdrücklich mit der Geltung der AGB einverstanden erklärt hatte.

44) S. OLG Düsseldorf (13.3.1962) in VersR 1962/778; 779
Bruck-Möller VVG, Einl., Anm. 25
Schlegelberger, Seeversicherungsrecht, Vorb. V (S.13)
Ehrenzweig, Versicherungsvertragsrecht/S.15

45) BGH (15.6.1964) in NJW 1964/1788; 1789; die Entscheidung läßt jedoch nicht ersichtlich werden, ob der BGH eine "Unterwerfung" unter die AGB oder eine Geltung der einzelnen Klausel kraft Handelsbrauch angenommen hat.
LG Ellwangen (1.10.1962) in BB 1963/998 hinsichtlich des § 7, I der Einheitsbedingungen der deutschen Textilindustrie
Dove in JW 1916/368; 371; Bindels in BB 1958/16; 19
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.6 zu § 346
Serick, Eigentumsvorbehalt/S.86, N.38

schen der Einbeziehung von AGB durch "Unterwerfung" und einer Geltung einzelner Klauseln kraft Handelsbrauch[46]. Zur Zeit ist eine klare Beantwortung dieser Frage nicht möglich, da die rechtliche Natur des Handelsbrauchs zweifelhaft ist. Zum Beispiel sieht Raiser den Handelsbrauch als eine gewohnheitsrechtliche Norm an[47]. Die herrschende Meinung dagegen verneint eine Normenqualität der kaufmännischen Verkehrssitte[48]. Andererseits ist auch die traditionelle Rechtsquellenlehre[49] durch die neuere Methodenlehre[50] in Frage gestellt. Die Rechtsprechung zu den AGB zeigt, daß die Gerichte eine Anerkennung der in AGB enthaltenen Klauseln als Handelsbrauch bzw. als Gewohnheitsrecht vermeiden. Begründungen hierfür werden nicht angeführt. Ohne eine Klarstellung des Verhältnisses zwischen Recht, Gesetz, Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, dürfte eine Beantwortung dieser Frage nicht möglich sein[51].

---

46) s. insb. BGH (15.6.1964) in NJW 1964/1788; 1789

47) AGB/S.82 ff
ebenso Baumbach-Duden HGB, Anm.1 E zu § 346: da Kennenmüssen genügt, schaffe der Handelsbrauch objektives Recht
v.Godin in RGRK HGB, Anm. 2 zu § 346 (S.21)

48) BGH (16.5.1956) in WM 1956/1231; 1232
Gallois in JR 1956/409; 410
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 1 zu § 346
Enneccerus-Nipperdey, § 41/S.271-273
Hämmerle, Handelsrecht, Bd.I/S.22: § 346 HGB sei nur Auslegungsregel. Die Verwendung der Verkehrssitte beruhe auf der Annahme des Gesetzgebers, daß das rechtsgeschäftliche Verhalten den im Verkehr üblichen Anforderungen entspricht.

49) s. statt aller Enneccerus-Nipperdey, §§ 35 ff/S.240 ff

50) s. statt aller Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956

51) Nach Ansicht von Hecht (in ZSchwR (1960) 79/47; 63) schließen die Art der Entstehung sowie die Art und Weise der Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Anerkennung als Handelsbräuche aus.

Nach Art. 6 des Entwurfes für ein israelitisches Gesetz über die sog. Adhäsionsverträge ("contrats d'adhésion") können AGB nicht zur Bildung von Handelsbräuchen führen (s. den Bericht von Tedeschi-Hecht in Rev.Int.Dr. Comp. (1960) 12/574 ff).

2. Einbeziehung durch Bestätigungsschreiben bzw. Auftragsbestätigung

Von besonderer praktischer Bedeutung für die Einbeziehung von AGB sind Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigungen. Die h.M. qualifiziert kaufmännische Schreiben, die eine Bestätigung vorangegangener mündlicher Vertragsschlüsse enthalten, als Bestätigungsschreiben. Ist dagegen Inhalt eines Schreibens die "Bestätigung"eines vom Empfänger erhaltenen Vertragsangebotes, soll eine Auftragsbestätigung vorliegen, die rechtlich als Annahmeerklärung zu qualifizieren wäre. Nach Ansicht der h.M.[52] sind beide Sachverhalte scharf voneinander zu trennen und nach verschiedenen Rechtsgrundsätzen zu bewerten.

a) Rechtsnatur des Bestätigungsschreibens

Im kaufmännischen Verkehr ist es üblich, mündliche Vereinbarungen schriftlich zu bestätigen. Mit dieser Übung ist die Verkehrserwartung verbunden, daß der Empfänger eines Bestätigungsschreibens in den Fällen, in denen er keinen Widerspruch gegen den Inhalt erhebt, hiermit einverstanden ist. Einem Kaufmann obliegt es, Geschäftsschreiben unverzüglich zu bearbeiten. Entspricht der Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht der Auffassung des Empfängers vom Inhalt der mündlichen Vereinbarungen, muß er widersprechen. Andernfalls muß er nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte sein Schweigen als Einverständnis mit dem Inhalt gelten lassen.[53] Entspricht das Schreiben inhaltlich den mündlich getroffenen Vereinbarungen, hat es die Funktion eines Beweismittels. Entspricht es nicht den mündlichen Abreden, erlangt es durch das Schweigen des

---

52) BGH (29.9.1955) 18/212; 216
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 129 ff zu § 346
Krause in BB 1952/996 ff
a.A. Thamm in BB 1964/910 ff

53) Ständige Rechtsprechung: s. insb. BGH (24.9.1952) 7/187; 189
BGH (7.10.1952) in BB 1952/903
BGH (27.10.1953) 11/1; 3
BGH (3. 3.1956) 20/149 ff
BGH (10. 7.1961) in BB 1961/954
BGH (15. 6.1964) in BB 1964/906

Empfängers eine vertragsgestaltende Wirkung[54].

Die dogmatische Grundlage für die vertragsgestaltende Wirkung des Bestätigungsschreibens ist zweifelhaft. Teils geht man davon aus, die Wirkung des Bestätigungsschreibens beruhe auf handelsrechtlichem Gewohnheitsrecht[55], teils erklärt man diese Rechtswirkung mit einer Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr[56]. Nach Ansicht von Krause[57] soll das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben ein typischer Erklärungsakt mit normierter Wirkung sein. Auf Grund der normierten Wirkung wird dem Schweigen ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Sinn zugeschrieben[58], die normierende Kraft der Verkehrssitte soll diesem "sozialtypischen Verhalten" die Kraft einer echten Willenserklärung beilegen[59].

Nach Ansicht des BGH beruht die Bindung an den Inhalt des Bestätigungsschreibens darauf, daß der Empfänger nach Treu und Glauben verpflichtet ist, dem Inhalt zu widersprechen, wenn das Bestätigungsschreiben nicht als genehmigt angesehen werden soll. Das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben habe die Fiktion eines Einverständ-

---

54) BGH (10.7.1961) in BB 1961/954
Krüger-Nieland in RGRK BGB, Anm.11 zu § 147
Flume, Rechtsgeschäft/S.663

55) Larenz, Schuldrecht, § 6, I/S.67
Flume in AcP 162/52; 66 und in Rechtsgeschäft/S.665
Reimer Schmidt, Obliegenheiten/S.121

56) OLG Düsseldorf (17.5.1963) in Betr. 1963/929
Staudinger-Coing BGB, Rd.6 a vor § 116
Krüger-Nieland in RGRK BGB, Anm. 8 vor § 116
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 127 zu § 346

57) Schweigen im Rechtsverkehr/S.125 ff, insb. S.129;
zustimmend Raiser, AGB/S.158
Schumann, Handelsrecht, Bd. II/S.32
v.Godin in RGRK HGB, Anm. 16 h zu § 346 (S.45)
Siebert-Hefermehl BGB, Rd. 8 vor § 116
a.A. Manigk, Verhalten/S.292 f

58) Raiser, AGB/S.158

59) Siebert-Hefermehl BGB, Rd.8 vor § 116

nisses mit dem Inhalt zur Folge[60].

Versucht man die Rechtsnatur des Bestätigungsschreibens mit den institutionellen Mitteln des geltenden Rechts zu erfassen, ergibt sich zunächst die Frage, wie diese Schreiben zu qualifizieren sind. Geht man davon aus, daß der Vertrag bereits mit der mündlichen Einigung inhaltlich abgeschlossen ist, müßte ein von den mündlichen Vereinbarungen abweichendes Bestätigungsschreiben als ein Angebot auf Änderung des bereits abgeschlossenen Vertrages qualifiziert werden. Schweigt der Empfänger auf das Bestätigungsschreiben, hat in Anbetracht der Verkehrserwartung, er werde bei Nichteinverständnis widersprechen, sein Verhalten den Erklärungswert eines Einverständnisses mit dem Inhalt des Schreibens. Das Schweigen wäre als eine Annahme zu qualifizieren. Die vertragsgestaltende Wirkung des Bestätigungsschreibens würde auf einem Änderungsvertrag beruhen[61].

Eine derartige formelle Qualifizierung des typischerweise bei Bestätigungsschreiben vorliegenden Sachverhalts wird jedoch den Tatsachen nicht gerecht. Kommt es z.B. zu einem telephonischen Vertragsschluß, beschränken sich die

---

60) BGH (27.10.1953) 11/1; 5
BGH (3. 3.1956) 20/149; 153-154
s.a. BGH (24.9.1952) 7/187; 190
BGH (16.3.1956) in BB 1956/577
BGH (14.6.1962) in BB 1962/902
ebenfalls für eine Fiktion:
Erman-Hefermehl BGB, Anm. 5 zu § 147
Ratz in RGRK HGB, Anm. 35, Anhang zu § 372
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.127 zu § 346
Enneccerus-Nipperdey, § 153, N.18 (S.947)
Reimer Schmidt,Obliegenheiten/S.121 f
Schopp in DRPfl. 1961/344; 345

61) So Erman-Westermann BGB, Anm.2 vor § 116
Siller in JR 1927/290
Zunft in NJW 1959/276; 277
Schweizer.BG (25.9.1945) 71.II.223; 224
Weiterhin dürften sämtliche im Text angeführten Lösungsversuche auf der Annahme beruhen, daß der Vertrag bereits mit der mündlichen Vereinbarung abgeschlossen ist.
Anders Kuchinke in JZ 1965/167; 170: es handele sich um die Begründung oder Umgestaltung einer vertraglichen Beziehung durch einseitige Erklärung, nicht durch Vertrag.

Parteien auf die Regelung der wichtigsten Punkte. Üblicherweise werden im kaufmännischen Verkehr zweitrangige Regelungen in den anschließenden Bestätigungsschreiben niedergelegt. Das Bestätigungsschreiben dient nicht nur der Beweissicherung für den Inhalt der mündlichen Vereinbarung, sondern darüber hinaus der Ergänzung jener Vereinbarungen durch Nebenpunkte[62]. In Anbetracht dieser Sachlage erscheint es zutreffender, den mündlichen Vertragsschluß mit dem Bestätigungsschreiben zu einem einheitlichen Vorgang zusammenzufassen: der Vertrag ist bereits mit der mündlichen Vereinbarung zustande gekommen; seine endgültige Inhaltsbestimmung erfolgt erst mit dem Bestätigungsschreiben.[63] Die vertragsgestaltende Wirkung des Bestätigungsschreibens beruht also nicht auf einem Änderungsvertrag. Grundlage für diese Wirkung ist vielmehr die Tatsache, daß es sich hier um einen stufenweise erfolgenden Vertragsschluß handelt, der mit dem Bestätigungsschreiben abgeschlossen wird. Die mündliche Vereinbarung und das in Verbindung mit dem Bestätigungsschreiben stehende Verhalten sind als einheitlicher Vorgang zu bewerten.Das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben ist keine selbständige Willenserklärung, sondern ein die Vertragsgestaltung abschließendes rechtsgeschäftliches Verhalten. In

---

62) Raiser, AGB/S.192 f
Schumann, Handelsrecht, Bd. II/S.31
v.Godin in RGRK HGB, Anm. 16 h zu § 346 (S.43)
Haberkorn in MDR 1961/818; 819
Siller in JR 1927/290; 294
s.a. BGH (16.3.1956) in BB 1956/577; 578
Handelsgericht Zürich (17.1.1945) in SchwJZ (1945) 41/320; 321: Werden Verträge regelmäßig auf Grund von AGB geschlossen, genüge es bei einem telephonischen Abschluß, wenn im Bestätigungsschreiben auf die AGB verwiesen wird. Deren Anwendung müsse geradezu als stillschweigend vorbehalten angesehen werden.

63) s. Raiser, AGB/S.193: Der Vertrag gewinne durch das Bestätigungsschreiben endgültige Gestalt (s.a.Koehler, Allg. Verkaufsbedingungen/S.22).

Anbetracht der Verkehrserwartung, daß ein Kaufmann Geschäftsschreiben unverzüglich bearbeitet und bei Nichteinverständnis unverzüglich widerspricht, hat in den typischen Fällen des Bestätigungsschreibens das Verhalten des Empfängers bei objektiver Bewertung die Bedeutung eines Einverständnisses mit dem Inhalt. Der endgültige Inhalt seiner Vertragserklärung ist, daß er mit einem Vertragsschluß zu den im Bestätigungsschreiben festgelegten Bedingungen einverstanden ist[64].

Ist der Empfänger tatsächlich mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens einverstanden, findet die Bindungswirkung des Vertrages ihre Grundlage im Prinzip der Selbstbestimmung. Ist der Empfänger nur zum Teil oder überhaupt nicht mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens einverstanden, beruht die Bindungswirkung auf dem Gedanken der Selbstverantwortung. Der Rechtsgedanke des Bestätigungsschreibens ist also keine gewohnheitsrechtliche Norm, sondern nur die rechtliche Wertung einer Verhandlungssituation, in der typischerweise das Schweigen des Empfängers den Erklärungswert eines Einverständnisses hat. Die rechtliche Erfassung dieser typisierten Verhandlungssituation erfolgt nach den allgemeinen Regeln über das Vorliegen einer Willenserklärung bzw. eines Vertragsschlusses.

In den typischen Fällen hat das Schweigen des Empfängers den rechtsgeschäftlichen Erklärungswert eines Einverständnisses. Muß dagegen nach dem Inhalt der mündlichen Vereinbarungen das Bestätigungsschreiben der einen Partei durch eine Gegenbestätigung der anderen Partei anerkannt werden, ist bei objektiver Bewertung die Vertragsgestaltung mit dem Bestätigungsschreiben noch nicht abgeschlossen. Eine vertragsgestaltende Wirkung des Schweigens kann nicht in Betracht kommen 65). Das gleiche gilt, wenn

---

64) Ebenso im Ergebnis Siebert-Hefermehl BGB, Rd.8 vor § 119
anders Fischer in ZHR 125/202; 208 und Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 127 zu § 346: will der Empfänger durch Nichtbeantwortung sein Einverständnis zum Ausdruck bringen, liege eine echte, im anderen Fall dagegen eine fingierte Willenserklärung vor.

65) Ebenso im Ergebnis BGH (18.3.1964) in NJW 1964/1269; 1270

der Bestätigende nach dem Inhalt des Schreibens eine schriftliche Äußerung des Empfängers erwartet: hier kann das Schweigen die Bedeutung eines Einverständnisses nicht haben 66).

b) Rechtsnatur der Auftragsbestätigung

Nach h.M. ist der für Bestätigungsschreiben entwickelte Satz, Schweigen gelte als Einverständnis mit dem Inhalt, nicht auf die sog. Auftragsbestätigung anwendbar[67].

Entspricht die Auftragsbestätigung nicht dem vom Empfänger abgegebenen Vertragsangebot, sei vielmehr der Grundsatz anzuwenden, Schweigen gelte als Ablehnung. Durch Schweigen auf eine modifizierte oder verspätete Annahmeerklärung könne ein Vertrag nicht zustande kommen. Nur bei Vorliegen ganz besonderer Voraussetzungen könnten von diesem Grundsatz Ausnahmen zugelassen und könne das Schweigen als stillschweigendes Einverständnis angesehen werden[68]. Nimmt der Kunde die den Gegenstand der Vertragsverhandlungen bildenden Leistungen an, könne es jedoch zu einem Vertragsschluß durch schlüssiges Verhalten kommen[69].

---

66) Krüger-Nieland in RGRK BGB, Anm. 15 zu § 147

67) Hinsichtlich modifizierter Auftragsbestätigungen:
BGH (12.2.1952) in LM, Nr.2 zu § 150 BGB
BGH (17.9.1954) in LM, Nr.3 zu § 150 BGB
BGH (29.9.1955) 18/212; 216
BGH (14.3.1963) in LM, Nr.6 zu § 150 BGB
Hinsichtlich verspäteter Auftragsbestätigungen:
BGH (31.1.1951) in NJW 1951/313
BGH (7.10.1953) in BB 1953/957
BGH (14.10.1955) in BB 1955/1068
Hinsichtlich einer sowohl verspäteten als auch modifizierten Auftragsbestätigung:
BGH (6.2.1956) in Betr. 1956/474

68) BGH (29.9.1955) 18/212; 216

69) BGH (12.2.1952) in LM, Nr.2 zu § 150 BGB
BGH (17.9.1954) in LM, Nr.3 zu § 150 BGB
BGH (29.9.1955) 18/212; 216 = Nr. 4 zu § 150 BGB
BGH (14.3.1963) in LM, Nr.6 zu § 150 BGB

Die Unterscheidung zwischen Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung scheint im wesentlichen von der Vorstellung getragen zu sein, daß es im Fall des Bestätigungsschreibens zu der Änderung eines bereits bestehenden Vertrages kommt, während im Fall der Auftragsbestätigung ein Vertragsschluß noch nicht vorliegt. Die rechtliche Bewertung der Auftragsbestätigung beruht auf der Annahme, die "Bestätigung" eines Auftrages unter Hinweis auf die AGB des Bestätigenden sei eine Annahme unter Erweiterungen i.S. des § 150 Abs. II BGB. Nach h.M. läge also eine Ablehnung durch den Empfänger in Verbindung mit der Abgabe eines eigenen Angebotes vor.

Die Annahme eines Vertragsangebotes unter Einbeziehung der AGB des Annehmenden ist zweifellos eine Erweiterung des ursprünglichen Vertragsangebotes. In den Fällen, in denen aus der Bestellung klar hervorgeht, daß die Einbeziehung der AGB des Bestellers Voraussetzung für einen Vertragsschluß ist, findet § 150 Abs.II BGB Anwendung.

Die in § 150 Abs. II BGB normierte Wirkung ist jedoch nur in Zweifelsfällen anzuwenden[70]. Ergibt die Auslegung, daß im Einzelfall eine inhaltlich von dem Angebot abweichende Annahmeerklärung die Bedeutung eines Vertragsschlusses in Verbindung mit einem Antrag auf Erweiterung des Vertrages hat, ist die modifizierte Annahmeerklärung in diesem Sinn zu qualifizieren[71]. Nur in den wenigsten Fällen haben Auftragsbestätigungen die Bedeutung, daß der Bestätigende den Vertragsschluß ablehnt und auf der Grundlage seiner AGB ein neues Vertragsangebot abgibt. Im Regelfall ergibt sich aus dem Verhalten beider Parteien, daß die Frage der AGB keineswegs als

---

70) Enneccerus-Nipperdey, § 162, II /S.996

71) RG (16.2.1931) in JW 1931/1181; 1183
RG (6.2.1933) in HRR 1933/Nr. 716
LG Tübingen (20.4.1955) in MDR 1955/473; 474
Erman-Hefermehl BGB, Anm. 2 zu § 150
Siebert-Mezger BGB, Rd. 2 zu § 150
Enneccerus-Nipperdey, § 162, II/S.997

Voraussetzung für einen Vertragsschluß angesehen wird. Infolgedessen könnte eine nur hinsichtlich der AGB modifizierte Annahmeerklärung statt als Ablehnung gemäß § 150 Abs. II BGB als Annahme des Vertragsangebotes unter Angebot einer Erweiterung dieses Vertrages qualifiziert werden.

Ein Änderungsvertrag kommt jedoch nur in Betracht, wenn zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes auf Vertragsänderung ein inhaltlich abgeschlossener Vertrag bereits vorliegt. Ist jedoch das Änderungsangebot in dem Schreiben, das den Vertragsschluß herbeigeführt hat, enthalten, wäre es formalistisch, einerseits einen inhaltlich abgeschlossenen Vertrag, andererseits einen Antrag auf Änderung dieses Vertrages anzunehmen. Zutreffender dürfte es sein, auch hier einen stufenweise erfolgenden Vertragsschluß anzunehmen: der Vertrag als solcher ist mit jenem Schreiben geschlossen. Lediglich hinsichtlich der AGB ist die Vertragsgestaltung noch nicht abgeschlossen. Da die Annahme eines Vertragsangebotes unter Hinweis auf die AGB des Annehmenden im allgemeinen nicht als Ablehnung des Antrages unter Abgabe eines eigenen Vertragsangebotes auf der Grundlage der eigenen AGB qualifiziert werden kann, ist § 154 BGB nicht anwendbar. Der Hinweis auf die AGB des Bestätigenden verhindert nicht den Vertragsschluß, sondern hat lediglich die Wirkung, daß insoweit die inhaltliche Gestaltung des Vertrages noch nicht abgeschlossen ist[72].

c) Einbeziehung durch modifizierte Auftragsbestätigung bzw. Bestätigungsschreiben

Nach h. M. müßte man hinsichtlich kaufmännischer Verträge zwischen folgenden Sachlagen unterscheiden: bezieht sich das Schreiben auf einen vorangegangenen Vertrags-

---

72) Ähnlich im Ergebnis Stahl in Betr. 1956/681
Krause in BB 1952/996; 998
Lukes in JuS 1961/301; 306
Raiser, AGB/S.224 f
Michel, AGB/S.24
v.Godin in RGRK HGB, Anm.17 d zu § 346 (S.65)
s.a.Handelsgericht Zürich (17.1.1945) N.67 sowie
Flume, Rechtsgeschäft/S.673

schluß, wäre es als Bestätigungsschreiben zu qualifizieren. Der Vertragsinhalt würde durch den Inhalt des Bestätigungsschreibens bestimmt. Enthält es einen Hinweis auf die AGB des Absenders, wären diese zum Vertragsinhalt geworden[73].

Betrifft das bestätigende Schreiben die Annahme eines Vertragsangebotes, wäre es als Auftragsbestätigung zu qualifizieren. In den Fällen, in denen die Auftragsbestätigung inhaltlich nicht dem Vertragsangebot entspricht, müßte die Auftragsbestätigung als Ablehnung des Angebotes in Verbindung mit einem neuen Angebot durch den Empfänger angesehen werden. Enthält die Auftragsbestätigung lediglich die Erweiterung, daß der Bestätigende dem Vertrag seine AGB zugrunde legen will, würde sie gemäß § 150 Abs.II BGB als Ablehnung in Verbindung mit einem neuen Vertragsangebot qualifiziert.

Die theoretisch klare Unterscheidung zwischen Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung wird jedoch in der Rechtsprechung des BGH nicht konsequent durchgeführt[74]. Weiterhin wird offensichtlich in den Fällen der Auftragsbestätigung eine Prüfung unterlassen, ob bereits das Schweigen des Empfängers als Einverständnis mit dem Vertragsangebot qualifiziert werden muß. Die Rechtsprechung begnügt sich hier mit der Annahme, daß mit der Erbringung und Annahme der Leistungen ein konkludenter Vertragsschluß stattgefunden habe[75]. Davon abgesehen werden die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben auch auf Sachverhalte angewandt, in denen selbst nach der Auffas-

---

73) BGH (24.9.1952) 7/187; 190
BGH (16.3.1956) in BB 1956/577
BGH (14.6.1962) in BB 1962/902
OLG Düsseldorf (25.4.1963) in Betr. 1963/929

74) s. insb. BGH (19.1.1951) in BB 1951/426
BGH (16.3.1956) in BB 1956/577
BGH (22.1.1964) in Betr. 1964/258

75) s. insb. BGH (17.9.1954) in LM, Nr.3 zu § 150 BGB

sung der h.M. ein Bestätigungsschreiben nicht vorlag,[76] so daß insoweit die unterschiedliche Behandlung von Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigungen äußerst fragwürdig ist.

Qualifiziert man sowohl Bestätigungsschreiben als auch die durch AGB modifizierten Auftragsbestätigungen als Erscheinungsformen des stufenweise erfolgenden Vertragsschlusses, zeigt sich, daß Auftragsbestätigung und Bestätigungsschreiben keine qualitativ verschiedenartigen Rechtsinstitute sind. Es handelt sich hierbei um typisierte Verhandlungssituationen des kaufmännischen Verkehrs, bei deren Vorliegen eine bestimmte rechtliche Beurteilung getroffen wird[77]. In beiden Fällen ist es zu einem Vertragsschluß gekommen. Lediglich die Inhaltsgestaltung des Vertrages ist noch nicht abgeschlossen. In beiden Fällen stellt sich das gleiche rechtliche Problem, nämlich die Frage, in welchem Sinn die Vertragsgestaltung abgeschlossen wurde. Beide Fallgruppen sind zwar idealtypisch verschieden. Es gibt jedoch Zwischensituationen,die eine klare Qualifizierung nicht zulassen[78]. Insbesondere in den Fällen, in denen Verträge nach langen Vorverhandlungen geschlossen werden, ist die genaue Abgrenzung zwischen Auftragsbestätigung und Bestätigungsschreiben schwierig[79]. Da rechtlich eine unterschiedliche Problem-

---

76) BGH (14.6.1962) in BB 1962/902; 903: der Unternehmer müsse ein Bestätigungsschreiben des Bestellers auch dann gelten lassen, wenn der Besteller bereits vorher eine Kopie des Bestellscheines unterzeichnet hatte. Hier dürfte ein echter Fall eines Vertragsänderungsangebotes vorgelegen haben.
Eine analoge Anwendung der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben hat der BGH (27.6.1955) in WM 1955/1285 im Fall eines "Bestätigungsschreibens" über bereits einige Wochen zurückliegende Vertragsverhandlungen angenommen. Auch hier dürfte ein echter Änderungsvertrag in Betracht kommen.

77) Ähnliche Gedankengänge hinsichtlich des Bestätigungsschreibens aus zivilprozessualer Sicht bei Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit/S.160

78) s.den Sachverhalt von BGH (10.7.1961) nach dem Bericht von Hepp in BB 1964/371

79) Thamm in BB 1964/910; 911

stellung nicht vorliegt, sind Bestätigungsschreiben und durch AGB modifizierte Auftragsbestätigungen gleich zu behandeln[80]. Für die rechtliche Beurteilung ist allein entscheidend, ob bei objektiver Bewertung sämtliche Umstände des Einzelfalles das Schweigen des Empfängers den Erklärungswert eines Einverständnisses mit dem Inhalt hat.

Haben die Parteien mehrere Schriftstücke gewechselt, in denen jeweils darauf hingewiesen wurde, daß die betreffende Partei dem Vertrag ihre AGB zugrunde lege, ist es eine Frage des Einzelfalles, in welchem Sinn die endgültige Vertragsgestaltung anzunehmen ist[81]. Hierbei ist es eine Frage der Auslegung, welche Anforderungen gegebenenfalls an die Form des Widerspruchs zu stellen sind[82], bzw. ob sich nicht eventuell die eine Partei trotz eines vorgegangenen schriftlichen Widerspruchs den AGB des Vertragspartners unterworfen hat[83]. Die Einbeziehung von AGB in einen Einzelvertrag hängt also davon ab, ob das einen Hinweis auf die AGB enthaltende Schreiben zu einem Abschluß der Vertragsgestaltung führte. Bleibt das Schreiben unwi-

---

80) Ebenso Thamm in BB 1964/910; 911

81) BGH (19.1.1951) in BB 1951/456
BGH (12.2.1952) in LM, Nr.2 zu § 150 BGB
BGH (17.9.1954) in LM, Nr.3 zu § 150 BGB
BGH (25.6.1957) in LM, Nr.5 zu § 150 BGB
BGH (14.3.1963) in LM, Nr.6 zu § 150 BGB
BGH (19.2.1964) in JR 1964/221
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.88 zu § 346

a.A. Haberkorn in MDR 1961/818; 820: Grundsätzlich gelten keine der beiden AGB.

82) s. BGH (12.2.1952) in LM, Nr.2 zu § 150 BGB
Krüger-Nieland in RGRK BGB, Anm.5 zu § 150.
Abzulehnen ist jedoch die Sachentscheidung des zitierten Urteils, der Empfänger müsse seinen Widerspruch besonders deutlich erkennbar machen. Entscheidend ist allein, ob der Widerspruch objektiv erkennbar geworden ist (ebenso Flume, Rechtsgeschäft/S.675).

83) BGH (25.6.1957) in LM, Nr.5 zu § 150 BGB

dersprochen, kann im kaufmännischen Verkehr [84] davon ausgegangen werden, daß der Empfänger mit dem Inhalt des Schreibens und infolgedessen auch mit der Einbeziehung der AGB in den Vertrag einverstanden war[85]. Da die Einbeziehung der AGB eine inhaltliche Kenntnisnahme nicht voraussetzt, ist es nicht erforderlich, daß die AGB den Schreiben beigefügt waren[86]. Will der Empfänger tatsächlich von den AGB Kenntnis nehmen, muß er eine Übersendung verlangen[87].

Hat der Schriftwechsel der Parteien nicht zu einem Abschluß der Vertragsgestaltung geführt, können die Vertragsverhandlungen durch die Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen zum Abschluß kommen. Die Beantwortung der Frage, welche AGB für diesen Vertrag gelten,

---

84) Das gleiche gilt, wenn nur der Empfänger Kaufmann ist (Flume, Rechtsgeschäft/S.663) oder wenn der Absender wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt (BGH (26.6.1963) 40/42; 43 f) bzw. wenn der Absender Kaufmann ist und der Empfänger im Geschäftsverkehr wie ein Kaufmann auftritt (BGH (27.10.1953) 11/1; 5; Flume, Rechtsgeschäft/S.662).

85) Abzulehnen ist die Auffassung, das Schweigen auf eine durch AGB modifizierte Auftragsbestätigung könne kein Einverständnis bedeuten, wenn der Besteller in seinem Angebot klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht hat, daß er auf Grund seiner AGB abschließen will (so Stahl in Betr.1956/681; Lukes in JuS 1961/301;306; Haberkorn in MDR 1961/818; 820).
Durch die modifizierte Auftragsbestätigung ist hinsichtlich dieses Punktes die Vertragsgestaltung noch nicht abgeschlossen, so daß die Erklärungsbedeutung des Schweigens von den Umständen abhängt. Im allgemeinen entsprechen vorgedruckte Vermerke über die Bedeutung ihrer AGB nicht dem tatsächlichen rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien (ebenso Raiser, AGB/S.224)

86) BGH (24.9.1952) 7/187; 190
BGH (16.3.1956) in BB 1956/577; 578
BGH (22.1.1964) JR 64/179; 180
OLG Düsseldorf (25.4.1963) in Betr. 1963/929
Krüger-Nieland in RGRK BGB, Anm. 13 zu § 147
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 82 zu § 346
Baumbach-Duden HGB, Einf. III, 3 c

87) BGH (24.9.1952) 7/187; 191
BGH (16.3.1956) in BB 1956/577; 578
BGH (22.1.1964) JR 64/179; 180
Da AGB als einseitig gestaltete Bestimmungen zum Inhalt des Einzelvertrages werden, ist es nicht erforderlich, daß der Kunde eine annehmbare Möglichkeit

hängt in erster Linie davon ab, auf wessen AGB zuletzt hingewiesen wurde[88]. Hat zuletzt der Leistungsempfänger auf seine AGB hingewiesen, hat bei objektiver Wertung das Verhalten des Leistenden die Bedeutung, daß er für diesen Vertrag auf die Einbeziehung seiner AGB verzichtet. Die Vertragsgestaltung ist hier in dem Sinn abgeschlossen, daß für den Vertrag die AGB des Leistungsempfängers gelten[89]. Hat zuletzt der Leistende auf seine AGB hingewiesen, gibt der Leistungsempfänger durch die vorbehaltlose Annahme zu erkennen, daß er sich hinsichtlich der AGB dem Willen des Leistenden fügt. Es gelten die AGB des Leistenden[90].

In den Fällen beiderseitiger Bezugnahme können nur die AGB der einen oder die der anderen Vertragspartei zum Vertragsinhalt werden. Es wird zwar die Ansicht vertreten, in den Fällen beiderseitiger Bezugnahme würden zumindest diejenigen Klauseln der beiderseitigen AGB zum Vertragsinhalt, die sich inhaltlich decken[91]. Eine Geltung der

---

hat, sich über den Inhalt der AGB zu unterrichten (so aber Baumbach-Duden HGB, Einf.III, 3 C sowie OLG Düsseldorf (25.4.1963) in Betr.1963/929 für einen Fall mit Auslandsbeziehung).

88) BGH (19.1.1951) in BB 1951/546
ähnlich Schlegelberger.Hefermehl HGB, Rd.88 zu § 346
Raiser, AGB/S.194
a.A. v.Godin in RGRK HGB, Anm.17 d zu § 346 (S.65)
Flume, Rechtsgeschäft/S.675 f
Diese Lösung ergibt sich aus einer Qualifikation der Verhandlungssituation. Es handelt sich hier nicht um eine Fiktion, die die fehlende Einigung ersetzt (so Flume, Rechtsgeschäft/S.676), sondern um die rechtliche Wertung eines tatsächlichen Verhaltens durch normative Vertragsauslegung.

89) Ratio decidendi von BGH (12.2.1952) in LM,Nr.2 zu § 150 BGB

90) BGH (19.1.1951) in BB 1951/456
BGH (17.9.1954) in LM, Nr.3 zu § 150 BGB
BGH (14.3.1963) in LM, Nr.6 zu § 150 BGB
s.weiterhin BGH (19.2.1964) in JR 1964/221 und (25.6.1957) in LM, Nr.5 zu § 150 BGB.

91) So RG (28.2.1919) 95/91; 95
RG (24.6.1919) bei Warneyer 1919, Nr.190/296
RG (24.6.1919) bei Warneyer 1919, Nr.191/298: ein eventueller Widerspruch gegen die Bedingungen des Vertragsgegners könne sich nur auf die Klauseln beziehen, die nicht in beiden AGB enthalten sind (ebenso die zweite Entscheidung vom 24.6.1919) Fortsetzung :

in beiden AGB enthaltenen Klauseln wäre nur möglich, wenn es für das Vorliegen einer vertraglichen Einigung allein auf die materielle Rechtslage ankäme. Die Tatsache allein, daß die Parteien das Gleiche gewollt haben, genügt jedoch nicht, um eine Einigung anzunehmen. Die Parteien müssen sich darüber hinaus ihren Willen gegenseitig erklärt haben. Zu der materiellen Willensübereinstimmung muß ein formeller Konsens in Gestalt von inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen hinzutreten[92].

Ebenfalls abzulehnen ist die Auffassung, jeder müsse sich die in seinen AGB enthaltenen Klauseln entgegenhalten lassen[93]. Eine Rechtsgeltung der AGB setzt eine Einbeziehungsvereinbarung voraus. Haben beide Parteien auf ihre AGB Bezug genommen, liegt eine Einbeziehungsvereinbarung nicht vor und können ihnen die in ihren AGB enthaltenen Klauseln nicht vom Gegner entgegengehalten werden.

d) Einbeziehung durch verspätete Auftragsbestätigung

Ist zwischen Vertragsangebot und Vertragsannahme eine längere Zeit verstrichen, ergibt sich die Frage der verspäteten Annahmeerklärung. §§ 147 Abs.II; 148; 150 Abs. I BGB enthalten keine Regelung für den Fall, daß der Antragende eine umgehende Antwort (§ 147 Abs.II BGB) nicht erwartet, in seinem Angebot jedoch keine bestimmte Frist gesetzt hat. Ergibt die Auslegung des Vertragsangebots, daß eine umgehende Annahme nicht Voraussetzung für ein Zustandekommen des Vertrages sein sollte, die Offerte also für eine längere unbestimmte Zeit gilt, ist auch eine

---

Forts.
BGH (25.6.1957) in LM, Nr.5 zu § 150 BGB (obiter dictum; v. Godin in RGRK HGB,Anm. 17 d zu § 346 (S.65)
Schneider in BB 1951/742; 743
Raiser, AGB/S.223; Haupt, AGB/S.62
Lukes in JuS 1961/301; 305 f
Veith in Betr. 1964/907; 908
wohl auch Baumbach-Duden HGB, Einf. III, 3 C
Serick, Eigentumsvorbehalt/S.33; Michel, AGB/S.24

92) a.A. die materielle Konsenstheorie: s.dazu Neumayer in Festschrift Riese/S.309 ff

93) so Flume, Rechtsgeschäft/S.675

nach verhältnismäßig längerer Zeit abgesandte Auftragsbestätigung nicht "verspätet", wenn die Offerte noch wirksam ist. Die in der Auftragsbestätigung liegende Annahmeerklärung erfolgt hier rechtzeitig, so daß es mit der Auftragsbestätigung zu einem Vertragsschluß kommt[94]. Erklärt sich der Annehmende vorbehaltlos mit dem einen Hinweis auf AGB enthaltenden Angebot einverstanden, liegen dem Vertrag die AGB des Offerenten zugrunde. Verweist der Annehmende auf seine AGB, richtet sich die Entscheidung nach den im Vorangehenden angeführten Grundsätzen.

War jedoch die Bindungswirkung des Vertragsangebots zum Zeitpunkt der Annahmeerklärung bereits erloschen, gilt die verspätete Annahme gemäß § 150 Abs. I BGB als Ablehnung in Verbindung mit einem neuen Antrag. Geht aus dem ursprünglichen Vertragsangebot hervor, daß der Offerent einem Vertragsschluß nur im Fall rechtzeitiger Annahme zustimmen will, hat bei objektiver Bewertung das Schweigen auf eine verspätete Auftragsbestätigung die Erklärungsbedeutung einer Ablehnung[95]. Soweit diese Sachlage nicht gegeben ist, kann das Schweigen auf eine verspätete Auftragsbestätigung in den Fällen zu einem Vertragsschluß führen, in denen keine Anhaltspunkte für eine Änderung der sachlichen Entschließung des ursprünglichen Offerenten vorliegen[96]. Nach Ansicht des BGH kommt dies in Betracht, wenn die verspätete Auftragsbestätigung zugleich eine Erweiterung oder Einschränkung des ursprünglichen Vertragsangebots enthält[97]. Ist bei objektiver Bewertung

---

94) Im Ergebnis ebenso Flume, Rechtsgeschäft/S.652 f
s.a. Enneccerus-Nipperdey, § 161, Note 21 (S.989)
und § 162, III, 1/S.997

95) BGH (31.1.1951) in LM, Nr. 1 zu § 150 BGB.
Dies ist bei Anträgen auf Abschluß eines Versicherungsvertrages der Fall (BGH a.a.O.).

96) BGH (31.1.1951) in LM, Nr.1 zu § 150 BGB
BGH (7.10.1953) in BB 1953/957
BGH (14.10.1955) in BB 1955/1068
BGH (6.2.1956) in Betr. 1956/474
Siebert-Mezger BGB, Rd.11 zu § 151

97) BGH (6.2.1956) in Betr. 1956/474

anzunehmen, daß die Erweiterung bzw. Einschränkung einen Punkt betrifft, der für den ursprünglichen Offerenten zweitrangig ist, also eine Änderung des sachlichen Entschlusses nicht naheliegt, könne es trotz der verspätet abgegebenen modifizierten Annahmeerklärung zu einem Vertragsschluß kommen.[98)]

Erklärt also der ursprüngliche Angebotsempfänger vorbehaltlos, aber verspätet die Annahme eines unter Hinweis auf AGB ergangenen Vertragsangebotes, liegt rechtlich ein Vertragsangebot unter Zugrundelegung der AGB des ursprünglichen Offerenten vor. Schweigt dieser, kommt es zu einem Vertragsschluß unter Zugrundelegung der Bedingungen des ursprünglichen Offerenten. Erklärt dagegen der ursprüngliche Angebotsempfänger verspätet unter Hinweis auf seine AGB sein Einverständnis mit dem ihm gemachten Vertragsangebot, liegt gemäß § 150 Abs.I BGB ein Angebot auf Abschluß eines Vertrages unter Zugrundelegung seiner AGB vor. Bei Schweigen des ursprünglichen Offerenten kommt es auf dieser Grundlage zum Vertragsschluß.

3. Bedeutung von Rechnungsvermerken

Setzt die Geltung von AGB in Einzelverträgen ein vertragliches Moment voraus, so müssen sich die Vertragsverhandlungen auf die Einbeziehung der AGB erstrecken. Wird nach Abschluß der Vertragsverhandlungen eine Rechnung übersandt, dient dieses Schreiben allein der Berechnung und Einforderung der geschuldeten Leistung[99)] und gehört nicht mehr zu den Vertragsverhandlungen.Rechnungen können keine vertragskonstitutive Bedeutung haben. Ein in Rechnungen enthaltener Hinweis auf die AGB des Absenders kann eine Einbeziehung der AGB in den Vertrag

---

98) BGH, a.a.O.
99) BGH (29.6.1959) in BB 1959/826

nicht herbeiführen[100].

Der BGH[101] schränkt diesen Grundsatz in dem Sinn ein, daß er für Vollkaufleute nicht gelten soll. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Vertrag bereits abgeschlossen ist. Ein vom Vertragsinhalt abweichender Rechnungsvermerk könnte nur die Bedeutung eines Angebotes auf Vertragsänderung haben. Aus der Bezeichnung des Schreibens als "Rechnung" geht jedoch hervor, daß es keine vertragskonstitutiven Erklärungen enthält. Der Empfänger muß das Schreiben nicht auf derartige Erklärungen hin prüfen[102]. Hinzu kommt, daß Rechnungen bei größeren Unternehmen nicht zu der für Verträge zuständigen, sondern zu einer anderen Abteilung gelangen[103].

Bei objektiver Bewertung dieser Sachlage wird in den typischen Fällen auch unter Vollkaufleuten ein Rechnungsvermerk nicht zur Einbeziehung von AGB in bereits abgeschlossene Verträge führen können.

So dogmatisch einwandfrei die Frage nach der Bedeutung von Rechnungsvermerken beantwortbar ist, so schwierig kann im Einzelfall die Frage sein, ob ein Schreiben als Rechnung im technischen Sinn qualifiziert werden kann. Bei manchen Vertragstypen wird die Festlegung der beiderseitigen Leistungspflichten erst während der Abwicklung des Vertragsverhältnisses getroffen (z.B. Kraftfahrzeugreparaturen und Montagearbeiten). Es hängt hier von den Umständen ab, ob die "Rechnung" Teil der Vereinbarung

---

100) RG (4.7.1902) 52/133; 135
RG (6.10.1931) 135/330; 339
OLG Hamburg (19.2.1952) in BB 1952/211
OLG Düsseldorf (18.12.1959) in BB 1960/422
Raiser, AGB/S.196
Erman-Hefermehl BGB, Vorb. III, 3 a vor § 145
Philipowski, Geschäftsverbindung/S.55
Haberkorn in MDR 1961/818; 819

101) (29.6.1959) in BB 1959/826

102) Siebert-Mezger BGB, Rd.12 zu § 151
Baumbach-Duden HGB, Anm. 4 E zu § 346

103) Schneider in BB 1951/742
Bertele, Anm. zu OLG Düsseldorf (18.12.1959) in BB 1960/422; 423

ist[104], ob der einen Vertragspartei ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zusteht oder ob die eine Partei befugt ist, über Art und Umfang der von ihr zu erbringenden Leistungen zu entscheiden, die davon abhängige Gegenleistung sich aber nach einem Tarif regelt[105].

Sind die Parteien Kaufleute und ist ein als Rechnung bezeichnetes Schreiben zugleich Bestätigungsschreiben, kommen die Vertragsverhandlungen erst mit der Übersendung des Bestätigungsschreibens zum Abschluß. Die in dem Schreie- erwähnten AGB werden bei Nichtwiderspruch des Empfängers Vertragsinhalt[106].

Liefert ein Unternehmer sofort auf eine mündliche Bestellung, ohne vorher ein besonderes Bestätigungsschreiben zu übersenden, kann zwischen Kaufleuten ebenfalls angenommen werden, daß die mündlichen Vertragsverhandlungen keine abschließende Vertragsgestaltung enthielten. Enthält die der Ware beiliegende Rechnung einen Fakturenvermerk über eine Geltung der AGB des Absenders, werden diese bei widerspruchsloser Annahme zum Vertragsinhalt [107]. Bezieht sich das Bestätigungsschreiben selbst nicht auf die AGB, liegt jedoch dem Schreiben eine mit Fakturenklauseln versehene Rechnung bei, werden die AGB Vertragsinhalt, weil eine Trennung zwischen Vertragsschluß und Rechnung

---

104) So Rother in AcP 164/97; 98 und 110

105) Insbesondere bei Kraftwagenreparaturen dürfte dies der Fall sein, wenn z.B. der Kunde einen Wagen zur Inspektion gibt. Anders, wenn die Reparaturfirma vor der Vornahme einer Arbeit rückfragen muß. Ist die Rechnungserteilung zugleich endgültige Festlegung des Vertragsinhalts, kann hier ein Fakturenvermerk zu einer Einbeziehung der AGB führen. Der Vertrag liegt hier erst mit der Rechnungserteilung vor.

106) Baumbach-Duden HGB, Anm. 4 E zu § 346
Koehler, Allg. Verkaufsbedingungen/S.27
Haberkorn in MDR 1961/818; 819
Raiser, AGB/S.196

107) Raiser, AGB/S.196 f
Philipowski, Geschäftsverbindung/S.55 (Note 50)
OLG Dresden (3.6.1898) SeuffA 56/Nr. 70

nicht besteht[108].

Ist ein Schreiben als Auftragsbestätigung bezeichnet, wird es jedoch dem Kunden im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erfüllungshandlung überreicht, wird bei einem unter Kaufleuten geschlossenen Vertrag ein hierin enthaltener Hinweis auf AGB beachtlich sein. Aus der Bezeichnung als Auftragsbestätigung geht hervor, daß in dem Schreiben nicht nur die Berechnung und Einforderung der geschuldeten Leistung, sondern auch Vertragserklärungen enthalten sind. Es ist nicht erforderlich, daß der Empfänger noch vor dem Empfang der Ware die Möglichkeit zum Widerspruch hat. Beruht die Leistung auf einer noch nicht beantworteten Bestellung oder auf einem nur mündlich geschlossenen Vertrag, hat die Bestätigung eine vertragsgestaltende Wirkung, wenn der Empfänger widerspruchslos die Leistung entgegennimmt. Dies gilt auch, wenn das Schreiben als "Auftragsbestätigung und Rechnung" bezeichnet ist, denn hiermit wird klar darauf hingewiesen, daß das Schreiben nicht nur die Berechnung und Einforderung der Gegenleistung, sondern darüber hinaus die Vertragserklärung des Leistenden enthält[109]. Handelt es sich um eine unbestellt zugesandte Ware, ist die "Rechnung" rechtlich als Offerte zu qualifizieren. Das Problem der Fakturenklauseln ergibt sich dann nicht. Ist eine Annahme nicht aus-

---

108) Raiser, AGB/S.196 f
RG (6.10.1931) in AS 135/330; 339
Nach Ansicht des RG (dagegen Raiser, AGB/S.196 Note 4) muß in diesem Fall das Schreiben so rechtzeitig abgesandt werden, daß der Empfänger noch vor Empfang der Ware widersprechen kann.
Dies ist jedoch unerheblich. Entscheidend ist allein, ob der Vertrag mit der mündlichen Einigung vollständig abgeschlossen war, oder ob die mündliche Abrede noch ausfüllungsfähig war. Bei mündlichen, unter Kaufleuten abgeschlossenen Verträgen wird dies in der Regel der Fall sein.

109) a.A. OLG Hamburg (19.2.1952) in BB 1952/211

drücklich erklärt worden, kommt es hier nur in Ausnahmefällen zu einem Vertragsschluß. Dies ist z.B. der Fall, wenn zwischen Absender und Empfänger eine Geschäftsverbindung, also ein gewisser wirtschaftlicher Dauerkontakt besteht[110] oder wenn zusammen mit bestellter Ware ein Posten unbestellter Ware übersandt wird[111] und in Anbetracht besonderer Umstände das Schweigen des Empfängers die Erklärungsbedeutung eines Einverständnisses hat. Dies ist anzunehmen, wenn der Empfänger bereits früher unbestellt zugesandte Ware angenommen hat[112]. Soweit es hier zu einem Vertragsschluß kommt, werden die in der "Rechnung" angeführten AGB zum Vertragsinhalt.

4. Bedeutung vorangegangener Verträge

Stehen die Vertragsparteien in einer Geschäftsverbindung, können frühere Vertragsschlüsse und das Verhalten der Parteien bei der Abwicklung dieser Verträge für die Auslegung der Vertragserklärungen von Bedeutung sein. Das Schweigen der einen Partei kann die Bedeutung eines Einverständnisses haben, wenn in Anbetracht der Geschäftsverbindung bei Nichteinverständnis ein Widerspruch erforderlich gewesen wäre[113]. Nach Ansicht des BGH[114] schließt

---

110) RG (11.5.1901) 48/175; 178
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 134 zu § 346
Krüger-Nieland in RGRK BGB, Anm. 2 zu § 151
Enneccerus-Nipperdey, § 162, Note 8 (S.995)

111) Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 134 zu § 346
Staudinger-Coing BGB, Rd. 8 zu § 146
ObGH Wien (21.2.1900) in SeuffA Bd. 56, Nr.98
RG (8.10.1918) in LZ 1919/996

112) s.a. Siebert-Mezger BGB, Rd.9 zu § 151
Baumbach-Duden HGB, Anm. 4 F zu § 346

113) s. BGH (4.4.1951) 1/353; 355
BGH (29.9.1951) in JZ 51/783

114) (29.9.1955) 18/212; 218

die Bedeutung, die den AGB für den kaufmännischen Verkehr zukommt, die Möglichkeit aus, die Vertragserklärung des Kunden nur mit Rücksicht auf ein einziges vorausgegangenes Geschäft so auszulegen, daß sie auch die nicht bekannt gegebenen AGB erfaßt. Vielmehr müsse eine ständige Geschäftsverbindung vorliegen[115].

Der Begriff der Geschäftsverbindung ist inhaltlich nicht scharf[116]. Treffen die Parteien eine Kontokorrentvereinbarung oder eine andere Rahmenvereinbarung über die Einbeziehung von AGB in ihre zukünftigen Verträge, liegt eine rechtsgeschäftliche Begründung einer Geschäftsverbindung vor. Abgesehen von diesen Fällen ist jedoch eine Geschäftsverbindung durch die tatsächliche Entwicklung der Vertragsbeziehungen bedingt. Eine Willensübereinstimmung der Parteien, fortgesetzt miteinander Geschäfte abzuschließen, dürfte nur in Ausnahmefällen getroffen werden. Infolgedessen ist dieses Merkmal nur beschränkt verwertbar[117]. Die Untersuchungen und Ergebnisse von Philipowski ermöglichen keine klare Abgrenzung zwischen wiederholten Vertragsschlüssen und Geschäftsverbindungen. Der Gesichtspunkt der Geschäftsverbindung läßt eine klare Beantwortung der Frage, welche Bedeutung frühere Vereinbarungen für die Auslegung weiterer Verträge der Parteien haben, nicht zu. Entscheidend hierfür sind die Umstände des Einzelfalles. Negativ kann gesagt werden, daß ein einzelner vorangegangener Vertrag oder einige wenige, längere Zeit zurückliegende Vereinbarungen grundsätzlich keine Bedeutung für die Auslegung eines neuen Vertragsverhältnisses haben[118]. Haben die Parteien seit längerer Zeit relativ regelmäßig Verträge miteinander geschlossen, denen die AGB der einen Vertragspartei zugrunde gelegt waren,

---

115) So implicite BGB (2.4.1962) in NJW 1962/1195
BGH (15.6.1964) in NJW 1964/1788; 1789
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.10 zu § 362
Philipowski, Geschäftsverbindung/S.17

116) s. die Beispiele bei Philipowski,Geschäftsverbindung/S.15 ff

117) Nach h.M. setzt jedoch eine Geschäftsverbindung eine Willensübereinstimmung der Parteien voraus:s.Philipowski,Geschäftsverbindung/S.19
Schlegelberger-Hefermehl HGB,Rd.10 zu § 362;Raiser,

ist diese Tatsache von Bedeutung für den streitigen Vertrag. Der Wille des Aufstellers, dem mit diesem Kunden geschlossenen Vertrag seine AGB zugrunde zu legen, ist klar ersichtlich geworden. Der Kunde muß dies wissen. Die AGB gelten auch für den streitigen Vertrag [119]. Der Kunde muß, will er von der bei früheren Verträgen getroffenen Gestaltung abweichen, bei neuen Vertragsabschlüssen einer Einbeziehung der gegnerischen AGB widersprechen[120].

Wurden vorangegangene Verträge ohne Einbeziehung von AGB der einen Partei geschlossen, geht hieraus hervor, daß der Aufsteller gegenüber diesem Kunden den Abschluß von Verträgen nicht von der Einbeziehung seiner AGB abhängig macht. Im Hinblick auf den Inhalt der vorangegangenen Verträge erstreckt sich seine Vertragserklärung bei objektiver Bewertung nicht auf die Einbeziehung seiner AGB[121]. Eine Einbeziehung seiner AGB in einen späteren Vertrag ist nur möglich, wenn er bei Vertragsschluß ausdrücklich darauf hinweist, daß diesem Vertrag seine AGB zugrunde gelegt werden sollen. Eine im Gegensatz zu den früheren Verträgen stehende Einführung von AGB in neue Verträge bedarf also eines ausdrücklichen Hinweises[122].

AGB/S.181

118) anders, wenn z.B. unter Bezugnahme auf frühere Verträge abgeschlossen wird.

119) s. BGH (2.4.1962) in NJW 1962/1195
BGH (15.6.1964) in NJW 1964/1788; 1789
OLG Dresden (3.6.1898) in SeuffA Bd. 56 Nr. 70
OLG Hamburg (19.2.1952) in BB 1952/211
OLG Braunschweig (4.12.1951) in VersR 1952/146; 147
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd.83 zu § 346
Philipowski, Geschäftsverbindung/S.51 f
Bertele, Anm. zu OLG Düsseldorf (18.12.1959)in BB 1960/422
Das gleiche gilt, wenn eine frühere Geschäftsverbindung wieder aufgenommen wird und keine zu große Zeitspanne zwischen der früheren und der jetzigen Geschäftsverbindung liegt. (OLG Hamm (12.3.1927) in JW 1927/1467; Serick, Eigentumsvorbehalt/S.32)

120) SchwBG (20.2.1951) 77.II.154; 158

121) Bertele in BB 1960/422

122) Das gleiche gilt für das Verhältnis zwischen Lieferverträgen und Nachbestellungen: waren Lieferverträge den AGB zugrundegelegt,gelten diese auch für die Nachbestellungen (BGH (17.2.1965) in BB 1965/435)

Ebensowenig ausreichend ist es, wenn lediglich in den bei Abwicklung der einzelnen Verträge erteilten Rechnungen oder Versandanzeigen Hinweise auf die AGB des Absenders enthalten sind. Rechnungen enthalten üblicherweise nur Preisberechnungen und Leistungseinforderungen, Versandanzeigen Aufstellungen über die gelieferte Ware sowie den Zeitpunkt der Absendung. Infolgedessen braucht der Kunde weder Rechnungen noch Versandanzeigen auf Hinweise rechtsgeschäftlicher Natur zu untersuchen. Da insoweit eine Prüfungspflicht entfällt, kann ein Schweigen des Kunden auf die in Rechnungen oder Versandanzeigen enthaltenen rechtsgeschäftlichen Vermerke nicht als Einverständnis mit der Einbeziehung von AGB in spätere Verträge gewertet werden[123]. Die in Rechnungen oder Versandanzeigen enthaltenen Hinweise auf AGB können nicht zu einer Geltung der AGB für spätere Verträge der Parteien führen[124].

---

123) Anders BGH (24.3.1965) in NJW 1965/1324; 1325: der Lieferant habe die widerspruchslose Hinnahme der Versandanzeigen nach Treu und Glauben dahin auffassen dürfen, daß der Kunde mit der hierin enthaltenen Klausel einverstanden war. Die Entscheidung ist jedoch im Ergebnis zutreffend, da auch die Auftragsbestätigungen des Lieferanten einen entsprechenden Vermerk enthielten.
Für eine beschränkte Beachtlichkeit von Fakturenvermerken für den Inhalt späterer Verträge Siebert-Ballerstedt BGB, Rd. 18 zu § 433.

124) RG (4.7.1902) 52/133; 135
RG (8.3.1907) 65/329; 331
BGH (29.9.1955) 18/212; 217
OLG Hamburg (19.2.1952) in BB 1952/211
OLG Düsseldorf (18.12.1959) in BB 1960/422
Philipowski, Geschäftsverbindung/S.57 f
Schneider in BB 1951/742; 743
BGH (15.6.1964) in NJW 1964/1788; 1789 bezieht sich auf eine Eigentumsvorbehaltsklausel, d.h. auf den dinglichen Vertrag.
a.A. BGH (24.3.1965) in NJW 1965/1324; 1325
Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 83 zu § 346
Baumbach-Duden HGB, Einf. III, 3 C
v.Godin in RGRK HGB, Anm. 16 c zu § 346
Raiser, AGB/S.197
Hannak in öJZ 1962/561; 564

Haben die Parteien vor dem streitigen erst einen einzigen Vertrag geschlossen, wird dies für die Auslegung der konkreten Vertragserklärungen nur in dem Fall von Bedeutung sein, daß zwischen beiden Vertragsschlüssen nur eine verhältnismäßig kurze Zeit verflossen ist[125].

---

125) BGH (29.9.1955) 18/212; 218

a.A. Schlegelberger-Hefermehl HGB, Rd. 83 zu § 346
Erman-Hefermehl BGB, Anm. III e vor § 145

L e b e n s l a u f

Am 6. Juni 1939 wurde ich in Berlin als Sohn des Dipl.-Ing. Joachim Schmidt-Salzer und seiner Ehefrau Charlotte, geb. Meschwitzer, geboren.

Nach Absolvierung der Grundschule besuchte ich von 1949 bis 1958 das Französische Gymnasium in Berlin. Im Juli 1957 bestand ich in Straßburg die französische Reifeprüfung (Baccalauréat de l'Enseignement secondaire, Première partie), im März 1958 in Berlin am Französischen Gymnasium das deutsche Abitur.

Nachdem ich zwei Semester an der Université de Lausanne sowie sieben Semester an der Freien Universität Berlin studiert hatte, legte ich im Januar 1963 vor dem Justizprüfungsamt Berlin die Erste Juristische Staatsprüfung mit der Note "vollbefriedigend" ab. Anschließend nahm ich an rechtsvergleichenden und internationalrechtlichen Kursen in Luxemburg, Leyden und Den Haag teil. Im September 1963 erwarb ich in Luxemburg das Diplôme de Droit Comparé der Université de Sciences Comparées.

Seit dem 1. Oktober 1963 bin ich an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin als wissenschaftlicher Hilfsassistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Götz H u e c k tätig. Seit dem 15. Oktober 1963 bin ich Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst bei dem Kammergericht Berlin.

Druck:

ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.

DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE

1 Berlin 33, Garystr. 45